

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS

FUNDAMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE, SU TRATAMIENTO EN
EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO Y SUS DIFERENCIAS CON EL ESTADO DE
NECESIDAD JUSTIFICANTE

ALUMNO: MILTON DAVID SALAZAR PÁRAMO

DIRECTOR: DRA. PILAR SACOTO DE MERLYN

MARZO, 2012
QUITO-ECUADOR

ABSTRACT

El presente trabajo, tiene como objeto principal el estudio de la Institución del Estado de Necesidad Exculpante; partiendo desde las Escuelas del Derecho Penal, que han determinado su creación, fundamento y requisitos. Además del estudio del esquema del delito que maneja nuestro Código sustantivo penal, cuyo fin era determinar la existencia del Estado de necesidad exculpante dentro de su texto; interpretando esta normativa por supuesto al tenor de lo que demanda la Constitución de la República.

A fin de cumplir con este objeto a través de mi investigación he utilizado el método, conocido como: análisis-síntesis, dentro del cual el trabajo consistió en descomponer la totalidad de la institución a estudiarse, con el fin de obtener un conocimiento más profundo sobre su fundamento y estructura; siguiendo un conjunto de pasos entre los que constan la descripción, examen crítico y clasificación. Esto en cuanto al análisis; ahora respecto a la síntesis esta se la obtuvo reconstruyendo la situación inicial logrando una comprensión integral de lo estudiado.

Ahora en lo que tiene que ver con el aporte que otorga esta disertación a la ciencia jurídica, podemos mencionar fundamentalmente el hecho de haber realizado un estudio y consiguientemente una crítica al esquema del delito de nuestro Código Penal, en relación con el esquema finalista del delito y los principios y garantías constitucionales.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	MARCO TEÓRICO	2
CAPITULO I		2
NATURALEZA DEL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE Y ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE		
1.1	Antijuridicidad y Culpabilidad en el esquema Clásico y Final del Delito	2
1.1.1	La Antijuridicidad en el Esquema Clásico	2
1.1.1.1	Concepto	2
1.1.1.2	Estructura Dualista de la Antijuridicidad	3
1.1.2	La Antijuridicidad en el Esquema Finalista	3
1.1.2.1	Concepto	3
1.1.2.2	Elementos subjetivos de la antijuridicidad	4
1.1.2.3	Desvalor de Acto y Desvalor del Resultado	4
1.1.2.4	La antijuridicidad y la teoría del injusto personal	5
1.1.2.5	Las causas de justificación en el esquema finalista	5
1.1.2.5.1	Naturaleza	5
1.1.2.5.2	Fundamento	6
1.1.2.5.3	Sus fuentes	6
1.1.2.5.4	Sus elementos subjetivos	6
1.1.2.5.5	Sus consecuencias jurídicas	7
1.1.3	Culpabilidad en el Esquema Clásico	7
1.1.3.1	Concepto	7
1.1.3.2	El examen de la culpabilidad	7
1.1.3.3	La imputabilidad	8
1.1.3.4	Formas o grados de la culpabilidad	8
1.1.3.4.1	El Dolo en el esquema clásico	9
1.1.3.4.2	La culpa en el esquema clásico	9
1.1.3.4.2.1	Elementos de la Culpa	10
1.1.3.4.2.2	Formas de la culpa	10
1.1.3.5	Causas de inculpabilidad	11
1.1.3.5.1	Caso Fortuito y Fuerza Mayor	11
1.1.3.5.1.1	Diferencias entre el Caso Fortuito y Fuerza Mayor	12
1.1.3.5.2	Coacción Moral	12
1.1.3.5.3	Error de Hecho y Derecho	13
1.1.3.5.3.1	Ignorancia y Error	13
1.1.3.5.3.2	El error y su importancia dentro de la teoría del delito	13
1.1.3.5.3.3	Error de hecho y de derecho	13
1.1.3.5.3.4	Crítica a la diferenciación entre el error de hecho y derecho por autores clásicos	14
1.1.4	La Culpabilidad en el Esquema Finalista	15
1.1.4.1	Concepto y diferencias con la antijuridicidad	15

1.1.4.1.1	Concepto	15
1.1.4.1.2	Diferencias con la Antijuridicidad	16
1.1.4.3	Culpabilidad y voluntad	16
1.1.4.3.1	Desarrollo de la concepción psicológica de la culpabilidad hacia una normativa	16
1.1.4.3.2	Elementos del juicio de reproche	17
1.1.4.3.2.1	Imputabilidad	18
1.1.4.3.2.1.1	Causas de inimputabilidad	19
1.1.4.3.2.2	Conciencia de Antijuridicidad	20
1.1.4.3.2.2.1	Ubicación Sistemática	20
1.1.4.3.2.2.2	Clases de error de prohibición	22
1.1.4.3.2.3	Exigibilidad de otra conducta	22
1.2	Estado de Necesidad justificante	22
1.2.1	Introducción al Estado de necesidad	22
1.2.2	El estado de necesidad justificante y su fundamento	23
1.2.3	Análisis General	24
1.2.4	Clases de Estado de necesidad	24
1.2.4.1	Estado de necesidad defensivo	24
1.2.4.2	Estado de necesidad agresivo	25
1.2.4.3	Fundamento Jurídico, el conflicto de intereses	25
1.2.4.3	Condiciones y límites del estado de necesidad justificante	26
1.3	Estado de Necesidad exculpante y la inexigibilidad de otra conducta	28
1.3.1	Fundamento: La no exigibilidad de otra conducta y falta de autodeterminación	28
1.3.2	Análisis General	29
1.3.3	Requisitos del Estado de Necesidad exculpante	30
1.3.4	La falsa suposición de la situación de necesidad y sus casos	35
1.3.5	El desconocimiento de la necesidad disculpante	36
1.3.6	La necesidad exculpante en los delitos culposos	36
CAPITULO II		
CÓDIGO PENAL ECUATORIANO Y ESQUEMA CLÁSICO DEL DELITO		37
2.1	El esquema clásico del delito presente en el Código Penal Ecuatoriano	37
2.1.1	Una breve reseña histórica del Código Penal ecuatoriano	37
2.1.2	La acción y la relación de causalidad	38
2.1.2.1	Introducción	38
2.1.2.2	Desarrollo de la doctrina en relación al Código Penal	38
2.1.2.3	La teoría de la equivalencia de condiciones	41
2.1.2.4	La voluntad de acción como voluntariedad	42
2.1.4.5	Delitos calificados por el resultado	43
2.1.4.5.1	Un ejemplo del Código Penal	44
2.1.4.7	Crítica a este concepto de acción causal en base al esquema finalista	45
2.2	El tipo meramente objetivo y su falta de consistencia	46
2.2.1	El tipo causal	46
2.2.2	Elementos de la tipicidad causal	47
2.2.3	Inconsistencias del tipo causal	49
2.3	La antijuridicidad	51

2.3.1	Las causas de justificación en el Código Penal ecuatoriano	52
2.3.1.1	Introducción	52
2.3.1.2	Una mirada individual a las causas de justificación	53
2.3.1.2.1	La legítima defensa	53
2.3.1.2.1.1	Fundamento	53
2.3.1.2.2	El estado de necesidad	53
2.3.1.2.3	El mandato de la ley	54
2.3.1.2.3.1	Fundamento	54
2.3.1.2.4	La obediencia debida	55
2.3.1.2.4.1	Fundamento	55
2.3.1.3	Una mirada histórica que demuestra las inconsistencias esta antijuridicidad objetiva	55
2.4	La culpabilidad	57
2.4.1	Introducción	57
2.4.2	Concepto y fundamento de la Culpabilidad	57
2.4.3	El examen de la culpabilidad	58
2.4.3.1	La imputabilidad	58
2.4.3.1.1	Minoría de edad dentro del Código Penal en relación con el Código de la Niñez y Adolescencia	59
2.4.3.1.2	Sordomudez en el Código Penal	60
2.4.3.1.3	Perturbación mental absoluta dentro del Código Penal	61
2.4.3.1.4	Trastorno mental transitorio dentro del Código Penal	63
2.4.3.1.5	Embriaguez o intoxicación que no haya sido provocada por el agente, dentro del Código Penal	63
2.4.3.2	Formas o grados de la culpabilidad	64
2.4.3.2.1	El dolo	64
2.4.3.2.2	La culpa	65
2.4.3.2.3	Un ejemplo en relación a los grados de culpabilidad	65
2.4.4	Causas de Inculpabilidad	65
2.4.4.1	Caso Fortuito y Fuerza Mayor	66
2.4.4.2	Coacción Moral	67
2.4.4.3	Error de Hecho y Derecho	68
2.4.4.3.1	Error de Derecho	68
2.4.4.3.2	Error de Hecho	68
2.4.5	Inconsistencias y propuestas respecto al esquema Clásico del delito	69
2.5	El Art. 24 del Código Penal y la culpabilidad como medida de la pena	70
2.5.1	La culpabilidad y su relación con la Pena	70
2.5.1.1	Acerca del pensamiento Clásico	70
2.5.1.2	El pensamiento garantista y la relación de la culpabilidad con la pena	71
2.5.1.3	El pensamiento finalista y relación de la culpabilidad con la pena	72
2.5.2	La culpabilidad indicadora	73
2.5.3	Descripción del Art. 24 del Código Penal	74
2.5.3.1	¿No se impondrá ninguna pena?	74
2.5.3.2	Alcance de la exculpante	75
2.6	Aplicación del Art. 24 ¿una justificante?	76
2.6.1	Análisis de la supuesta ponderación de intereses	76
2.7	Opinión de doctrinarios ecuatorianos	77

2.7.1	El Dr. Francisco Pérez Borja	77
2.7.2	El Dr. Efraín Torres Chaves	79
2.7.3	El Dr. Ernesto Albán	79
2.7.4	El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel	81
2. 8	A modo de conclusión	81
2.8.1	En busca de una solución	83
2.8.1.1	De acuerdo a una aplicación directa del principio de culpabilidad	84
CAPITULO III		85
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y ESQUEMA FINALISTA DEL DELITO		
3.1	Fundamento Constitucional de la Culpabilidad y el Estado de Necesidad Exculpante	85
3.1.1	Constitución y Culpabilidad	85
3.1.1.1	Introducción	85
3.1.1.2	Desde la perspectiva del Derecho Constitucional	86
3.1.2	Nulla poena sine culpa	88
3.1.2.1	El principio “no hay pena sin culpabilidad” desde una mirada finalista.	88
3.1.2.1.1	Introducción	88
3.1.2.1.2	Fundamento	89
3.1.2.1.3	Efectos de este principio	90
3.1.2.1.4	Relación del principio de culpabilidad y el elemento del delito culpabilidad.	91
3.1.3	Constitución Ecuatoriana y el fundamento del Estado de Necesidad exculpante	92
3.1.3.1	Introducción	92
3.1.3.2	Dignidad Humana	93
3.1.3.2.1	Introducción	93
3.1.3.1.2	Carácter Esencial	93
3.1.3.1.3	La dignidad Humana piedra angular de los derechos humanos	94
3.1.3.2	La libertad y libre desarrollo de la personalidad	95
3.1.3.2.1	La libertad	95
3.1.3.2.2	El libre desarrollo de la personalidad	97
3.1.3.2.3	Relación con la culpabilidad finalista con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad	98
3.1.3.2	Principio de legalidad	99
3.1.3.2.1	Introducción al principio de legalidad	99
3.1.3.2.2	Relación con la culpabilidad finalista	100
3.2	La libertad de la persona y la teoría final de la acción	101
3.2.1	Teoría de la Acción Final y el reconocimiento de la libertad de la Persona	101
3.2.1.1	La acción final	101
3.2.1.1.1	Introducción	101
3.2.1.1.2	El concepto de acción	101
3.2.1.1.3	La acción en el derecho penal	104
3.2.2	Efecto en el elemento Culpabilidad dentro del Esquema Finalista del Delito	104
3.2.2.1	Antijuridicidad y Culpabilidad	104
3.2.2.2	Culpabilidad y voluntad	104

3.2.2.3	Culpabilidad y libre albedrío	105
3.2.2.3.1	Aspecto antropológico.	105
3.2.2.3.2	Aspecto caracterológico.	106
3.2.2.3.3	Aspecto categorial	107
3.3	Compatibilidad entre la Teoría de la Acción Final y los	108
	derechos reconocidos en la Constitución de la República	
	<u>del Ecuador</u>	
3.3.1	Introducción	108
3.3.2	El finalismo como método sintético real-normativo para la Construcción de la teoría del delito de un estado constitucional de derecho	109
3.3.2	La finalidad como elemento reductor	112
3.3.3	Un elemento “Culpabilidad”, acorde al Nulla poena sine culpa y otros principios constitucionales	114
3.	CONCLUSIONES	115
4.	RECOMENDACIONES	118
5.	BIBLIOGRAFÍA	119

1. INTRODUCCIÓN

Previo a iniciar el análisis del tema de esta tesis, me parece correcto exponer al lector las razones que me han llevado a escribir una disertación de esta naturaleza, las mismas que se remiten básicamente a tres aspectos: uno social, uno académico y otro personal. En lo que se refiere al aspecto social, debo mencionar el hecho de que el Estado a través de sus agencias e instituciones ejerce el poder punitivo, cuya característica principal es el ser incontenible, por lo que ciertamente afecta a los derechos fundamentales que reconoce y defiende nuestra sociedad. He allí la importancia del derecho penal, rama a través de la cual, por medio de los elementos del esquema finalista del delito, funciona como un cauce que filtra las aguas de este río incontenible que es el poder punitivo. Precisamente la culpabilidad es uno de estos elementos, el cual actúa como el principal indicador para cuantificar la magnitud de la sanción que puede ejercerse sobre la persona. Debiendo anotar que la culpabilidad tiene como fundamento a la no exigibilidad de otra conducta, siendo el estado de necesidad exculpante uno de estos supuestos.

Por otro lado, en relación al aspecto académico, es preciso anotar que el Código Penal ecuatoriano, al utilizar un esquema clásico del delito, no contempla claramente la posibilidad de un estado de necesidad exculpante, razón por la cual no ha sido una institución estudiada dentro de la doctrina penal ecuatoriana, y menos aún analizado y explorado su fundamento constitucional. Por lo tanto, realizar un trabajo de investigación sobre este tema constituye un aporte a la comunidad universitaria interesada en conocer más sobre un derecho penal moderno. Por otra parte, dentro del plano personal, debo manifestar que la dificultad de un tema como el presente, que requería de una preparación no sólo jurídica, sino filosófica, resultó ser el impulso que me llevó a finalizar este trabajo académico que pongo en consideración de mis compañeros de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Finalmente y con el fin de concluir con esta corta introducción, procederé a describir los capítulos que contiene la parte medular del presente trabajo. El primer capítulo consiste en una descripción de los elementos del delito: antijuridicidad y

culpabilidad, dentro del esquema clásico del delito, así como en el esquema finalista, terminando con un estudio descriptivo del estado de necesidad exculpante. El segundo capítulo, por su parte, detalla al esquema clásico del delito que fundamenta la Parte General de nuestro Código Penal Ecuatoriano, incluyendo dentro de este estudio al análisis de su Art. 24, a la luz de la doctrina, la ley y por supuesto la Constitución de la República. El tercer y último capítulo, de su lado, constituye un estudio serio sobre la concordancia entre el esquema finalista del delito con los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna, además del análisis del fundamento constitucional del estado de necesidad exculpante.

2. MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

NATURALEZA DEL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE Y DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

1.1 Antijuridicidad y Culpabilidad en el esquema Clásico y Final del Delito

1.1.1 La Antijuridicidad en el Esquema Clásico

1.1.1.1 Concepto

Según el concepto dado por la Escuela Clásica a partir de la definición otorgada por el jurista Von Ihering, la antijuridicidad no es nada más que la relación de contradicción objetiva entre la conducta de la persona y la totalidad del ordenamiento jurídico. ¹Es decir la antijuridicidad, es concebida como lo contrario al derecho, pues su fundamento se encuentra en la violación del bien protegido por el tipo penal. Es así que esta palabra ha sido una pretensión de la traducción de la

¹ Cfr. AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 2007, p. 30

palabra alemana *Rechtswidrigkeit*, que significa “lo que no es derecho”.² Precizando además, que dentro de este sistema la antijuridicidad tendrá una valoración, pero esta será puramente objetiva; es decir, no se considera ningún elemento subjetivo, por lo que fácilmente podría definírsela como la falta de permiso para actuar.³

1.1.1.2 Estructura Dualista de la Antijuridicidad

Franz Von Liszt fue aquel que construyó esta estructura, entendiendo a la antijuridicidad de dos maneras:

*“Formal: se compone de la mera relación de contradicción entre la conducta típica y ordenamiento jurídico, cuando una acción constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o prohibición de la ley.”*⁴

Material: esta responde al interrogante de: ¿Por qué la conducta es antijurídica? Lo cual se manifiesta de la siguiente manera: porque lesiona intereses colectivos, normas de cultura, el deber de fidelidad de las personas frente al estado y porque pone en riesgo bienes jurídicos importantes para el derecho penal.⁵

1.1.2 La Antijuridicidad en el Esquema Finalista

1.1.2.1 Concepto

La antijuridicidad, según el esquema finalista, constituye la contrariedad al derecho que presenta una acción típica que ha inobservado prohibición o mandato normativo; pero que además ha vulnerado un bien jurídico protegido. Sin embargo no basta con la verificación de la ausencia de norma permisiva, sino que

² Cfr. MEDINA. Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. Segunda Edición. Angel Editor. México D.F.- México. P. 117

³ Cfr. Íd.

⁴ MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 117

⁵ Cfr. Id.

es necesario realizar un estudio acerca de si esta acción representa un daño para el bien jurídico. ⁶ Por ello, la antijuridicidad puede ser definida como: *un juicio negativo de valor; es decir, un juicio de desvalor, derivado de la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto*⁷

Por ello señala *Hans Welzel*, que ya que la antijuridicidad es un juicio sobre el hecho, no dependerá únicamente de sus elementos objetivos, sino del elemento subjetivo finalidad⁸; *“Así en los delitos dolosos, el dolo ha de considerarse componente esencial del injusto y no de la culpabilidad. El desvalor del resultado (la objetiva causación de una lesión) sólo importa en cuanto obra de una conducta final, es decir dentro del desvalor de la acción (concebida finalmente)”*⁹

1.1.2.2 Elementos subjetivos de la antijuridicidad

Una vez señalada la importancia de lo subjetivo dentro de la antijuridicidad, es necesario explicar en que consisten estos elementos; gravitando estos en la necesidad de que el individuo que actúa legítima o justificadamente tenga conocimiento de las circunstancias objetivas bajo las cuales actúa, es decir las circunstancias del permiso. ¹⁰

1.1.2.3 Desvalor de Acto y Desvalor del Resultado

Así mismo para completar una explicación del concepto de Antijuridicidad para el sistema finalista del delito, es necesario dejar en claro lo que contienen los conceptos de desvalor de acto y de resultado, que serán los juicios a partir de los cuales será considerada una conducta; constituyendo el desvalor de acto el daño social que por causa del hecho sufre el ofendido y la comunidad, es decir es propiamente la lesión al bien jurídico. Sin embargo, esta lesión será importante

⁶ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal- Parte General. Tercera Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Medellín- Colombia. 2007. p. 356

⁷ MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 167

⁸ Cfr. WELZEL, Hans. en DONNA, Edgardo. Derecho Penal Parte General Tomo III- Teoría General del Delito II. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina. 2008. p. 14

⁹ Id.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires- Argentina. 2001

dentro de una acción personalmente antijurídica, lo que se analiza dentro del juicio de desvalor de la acción, en donde el estudio no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que este contiene el análisis de la forma de comisión del mismo.¹¹

1.1.2.4 La antijuridicidad y la teoría del injusto personal

Ahora bien, dentro del esquema finalista del delito, una vez que se verifica el cumplimiento de la tipicidad y la antijuridicidad se configura el injusto, es decir una conducta desaprobada por el ordenamiento jurídico, debiendo distinguir la antijuridicidad del *unrecht*¹². El primer concepto es la contradicción entre dos miembros de una relación, mientras que el *unrecht* (injusto) es la conducta antijurídica en si.¹³

Estas apreciaciones es posible realizarlas debido a las elaboraciones del finalismo que postuló como elementos de la acción al dolo y la culpa, y por ende del injusto, haciendo posible contraponer al desvalor del resultado el desvalor de la acción, como ya fue explicado anteriormente.¹⁴

1.1.2.5 Las causas de justificación en el esquema finalista

1.1.2.5.1 Naturaleza

Una vez que ha sido descrita la antijuridicidad en el sistema finalista, proseguiré ahora con la revisión de las causas de justificación, las mismas que constituyen normas permisivas; es decir autorizaciones para actuar, por lo que puede afirmarse que los tipos penales contienen normas generales, que encuentran sus excepciones en las causas de justificación, estableciéndose de ese modo la tipicidad en un indicio de la antijuridicidad, es decir su *ratio cognoscendi*. Lo que pone de manifiesto el rechazo a las

¹¹ MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 170.

¹² El injusto personal

¹³ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal- Parte General. Op. Cit. p. 356

¹⁴ Cfr. Ibid. p. 359

posturas de *ratio essendi*, que proclaman al tipo como base de la antijuridicidad y a la teoría de los elementos negativos del tipo, mediante la cual las causas de justificación excluyen la tipicidad.¹⁵

1.1.2.5.2 Fundamento

No se ha llegado a un acuerdo en cuanto lo que tiene que ver con un fundamento genérico para las causas de justificación, por cuanto existen posiciones diferentes. Unas que no aceptan que exista un fundamento genérico, otras que tratan de darle una base común en base a criterios como: “la colisión de intereses”, “lo que es más útil que dañoso”, “la función protectora de los bienes”, “la ponderación de valores”, etc; y finalmente otras de índole pluralista, que parecen ser las dominantes, que insisten en diversos criterios como puede ser la ponderación de intereses junto con el fin perseguido del agente, concepto producido a partir de la consideración del injusto bajo la influencia de los desvalores de acción y de resultado.¹⁶

1.1.2.5.3 Sus fuentes

Como el concepto de antijuridicidad es unitario, del mismo surge que sus causas de exclusión pueden buscarse no sólo en la ley penal, sino en todo el ordenamiento jurídico.¹⁷

1.1.2.5.4 Sus elementos subjetivos

Si se parte de una concepción de injusto personal, es necesario estudiar dentro de cada una de las justificantes, un componente de orden subjetivo, pues el agente no sólo debe actuar objetivamente, sino que debe saber lo que hace y debe querer actuar de acuerdo a la causa de justificación, de lo que deriva que en su ejercicio deben concurrir elementos cognitivos y volitivos. Esta finalidad, sin embargo, no debe entrar en confusión con los sentimientos y motivos del agente,

¹⁵ Cfr. Ibíd. p. 360.

¹⁶ Cfr. Ibíd. p. 361.

¹⁷ Cfr. Id.

pues al derecho penal le interesa la actuación de la persona conforme a sus prescripciones y no el porqué de las mismas.¹⁸

1.1.2.5.5 Sus consecuencias jurídicas

- Quien actúa bajo una causa de justificación no comete conducta punible.¹⁹
- No cabe invocar el ejercicio de una justificante frente a quien actúa cubierto por esta.²⁰
- Quien actúa justificadamente, no puede ser sancionado con una medida de seguridad.²¹

1.1.3 Culpabilidad en el Esquema Clásico

1.1.3.1 Concepto

La culpabilidad dentro del sistema clásico será el único elemento subjetivo, constituyendo un nexo psicológico entre el agente y el hecho²²; por ello señala Von Liszt que la culpabilidad: “es la relación subjetiva entre el acto y el autor”²³.

Además la Culpabilidad es una realidad psíquica, cuya existencia depende de un acto voluntario, que se manifiesta en forma de dolo o culpa. Agotándose en estas dos formas antes indicadas; dolo y culpa serán la culpabilidad en si misma, siendo a su vez grados de esta culpabilidad ²⁴, cuya existencia se determina del examen de culpabilidad, el cual será descrito a continuación.

1.1.3.2 El examen de la culpabilidad

Dentro de este esquema se efectúa el examen de culpabilidad en base a la teoría psicológica, la misma que constituye un análisis subjetivo de la persona que

¹⁸ Cfr. Ibíd. p. 362.

¹⁹ Cfr. Ibíd. p.363.

²⁰ Cfr. Id.

²¹ Cfr. Id.

²² Cfr. AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. p. 30

²³ VON LISZT, en Id.

²⁴ Cfr. AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. p. 31

ha realizado el acto típico y antijurídico, bajo la atribución psicológica del acto a una persona determinada. Es decir se tendrá que analizar la personalidad del agente a través de: la conciencia y la voluntad, que consisten en la capacidad de conocer los hechos y de poder haber elegido otra actuación, respectivamente.²⁵

Ahora bien en cuanto al método de este examen, este deberá efectuarse en dos niveles; siendo el primero el de: a) Nivel de imputabilidad; dentro del cual hay que establecer la capacidad del individuo para efectuar una acción penalmente relevante o en otras palabras, si poseía todos los requisitos psicológicos para que pueda responder de su conducta. El segundo nivel del examen por su parte consiste en el estudio de: b) el nivel de vinculación concreta con el acto, dentro del cual se tendrá que comprobar si se ha realizado la acción bajo los términos de dolo o culpa.²⁶

1.1.3.3 La imputabilidad

Hablando más profundamente de la imputabilidad, es necesario agregar que esta como se dijo es un presupuesto de la culpabilidad, que se constata comprobando la capacidad de entender y querer de la persona;²⁷ es decir, “la propiedad que tiene un sujeto de ser capaz de determinarse libremente con conocimiento y voluntad”²⁸. De lo que se puede acotar que el inimputable, según este concepto, no poseería estas capacidades, siendo estos los casos de: a) Minoría de Edad; b) sordomudez; c) perturbación mental; d) trastorno mental transitorio; e) embriaguez y toxicomanía en el en que haya sido provocada de manera fortuita.²⁹

1.1.3.4 Formas o grados de la culpabilidad

Una vez estudiado el primer nivel del examen de culpabilidad, es fundamental continuar con la revisión de las formas o grados de culpabilidad que

²⁵ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Tercera Edición. Impresiones Legales S.A. Quito- Ecuador. p. 184-185.

²⁶ Id.

²⁷ Cfr. AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. p. 31

²⁸ Id.

²⁹ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. pp. 187- 194

se expresan con la vinculación de la actuación típica y antijurídica. Es decir al dolo y a la culpa, conceptos que serán definidos y descritos a continuación.

1.1.3.4.1 El Dolo en el esquema clásico

*“El dolo es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad.”*³⁰

Conocimiento que consiste en la conciencia del agente acerca del acto que ejecuta, y del resultado que produciría. Es decir abarca: a) el conocimiento de las circunstancias de hecho actuales que fundamentan la pena, que serán más que los hechos del tipo, sino el conocimiento de la significación de los elementos típicos normativos; b) la previsión de las circunstancias de hecho futuras que determinan la pena y muy especialmente el resultado, siendo estas circunstancias aquellas que dependen de la voluntad de la persona autora, por ejemplo la previsión de que una puñalada provocará la muerte de otro individuo y c) la previsión del curso causal que conduce al resultado producido por su acción.³¹

La voluntad se manifiesta a título de dolo y culpa (la cual va a ser estudiada en líneas posteriores); en lo que se refiere al dolo este se constata mediante la contestación a la siguiente pregunta: *¿qué es lo querido por el autor?*³², respuesta que nos llevará a diferenciar dos tipos de dolo;

a) directo o de primer grado: aquel por el cual lo querido es lo que el autor se ha propuesto con su acción.³³

b) dolo indirecto o de segundo grado: aquí lo querido es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible del hecho.³⁴

1.1.3.4.2 La culpa en el esquema clásico

³⁰ MEZGER. Edmund. Derecho Penal Parte General Libro de Estudio. Traducción de la sexta edición alemana. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. Madrid- España. 1963. p. 226.

³¹ Cfr. Ibid. pp. 238-239.

³² Ibid. p. 228.

³³ Ibid. p. 229

³⁴ Id.

Se puede decir que alguien ha actuado culposamente cuando ha desatendido o inobservado un deber de cuidado, no habiendo evitado el hecho y las consecuencias de ahí derivadas. En otras palabras, el autor debía haber sido cuidadoso y no lo fue o inclusive conociendo el hecho y sus consecuencias no obró de conformidad con ese saber; distinguiéndose por lo tanto dos tipos de culpa: inconsciente y consciente respectivamente.³⁵

Más allá de lo dicho, la culpa es una manifestación de voluntad, aunque el autor no haya tenido una voluntad dirigida hacia el resultado, pues esta se manifiesta sobre el acto.

1.1.3.4.2.1 Elementos de la Culpa

- Producción de un resultado previsible pero no querido: aquí a diferencia del dolo, el resultado previsible no es querido, ni aceptado, más bien se rechaza; sin embargo el autor ni siquiera piensa en que se de el resultado; o se prevé un posible resultado pese a lo cual el autor actúa en confianza de que no se produzca.³⁶
- Voluntad de realizar el acto: esto significa que "El ánimo o voluntad del sujeto activo está dirigido a realizar el acto, que en si mismo no significa aceptar el resultado dañoso (...) Es decir, hay en la culpa una voluntad dirigida exclusivamente hacia el acto, pero no hacia el resultado"³⁷.
- Falta del deber de atención o cuidado: la esencia del delito culposo, que se manifiesta en las formas de culpa que serán descritas a continuación.³⁸

1.1.3.4.2.2 Formas de la culpa

³⁵ Ibid. pp. 256-257.

³⁶ Cfr. ALBAN. Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. pp. 199-200.

³⁷ Ibid. p. 200

³⁸ Id.

La falta de deber de cuidado, se expresa bajo las siguientes formas de la culpa:

- ❖ Negligencia: Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas. Dejadez. Abandono. Desidia. Falta de aplicación. Falta de atención. Olvido de órdenes o precauciones.³⁹
- ❖ Impericia: Falta de conocimientos o de la práctica que cabe exigir a uno en su profesión, arte u oficio. Torpeza. Inexperiencia.⁴⁰
- ❖ Imprudencia: Genéricamente, la falta de prudencia, de precaución. Omisión de la diligencia debida. Defecto de advertencia o previsión en alguna cosa; punible e inexcusable negligencia por olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos. PROFESIONAL. Omisión de las precauciones extremas, como consecuencia de la confianza y habitualidad que crea el desempeño de una actividad. TEMERARIA. Grave negligencia, imprevisión o descuido que, con olvido o desprecio de elementales precauciones, ocasiona un hecho castigado como delito cuando se realiza con dolo.⁴¹
- ❖ Inobservancia de leyes y reglamentos: es la violación de esta normativa sin la intención de causar el daño.⁴²

1.1.3.5 Causas de Inculpabilidad

Una vez estudiados el dolo y la culpa es preciso continuar el estudio del esquema clásico del delito, describiendo a las causas de inculpabilidad, como situaciones en las cuales la persona es imputable sin embargo no actuó con dolo o culpa, y por lo tanto no merece una pena.⁴³

1.1.3.5.1 Caso Fortuito y Fuerza Mayor

³⁹ Abogadosenlínea.ec. Definición de Negligencia. <http://www.abogadosenlinea.ec/index.php>. Acceso: 4 de junio de 2011, las 12h00.

⁴⁰ Abogadosenlínea.ec. Definición de Impericia. <http://www.abogadosenlinea.ec/index.php>. Acceso: 4 de junio de 2011, las 12h00.

⁴¹ Abogadosenlínea.ec. Definición de Imprudencia. <http://www.abogadosenlinea.ec/index.php>. Acceso: 4 de junio de 2011, las 12h00.

⁴² Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 200.

⁴³ Ibid. p. 202.

El caso fortuito y la fuerza mayor son causas exculpanes dentro del esquema clásico ya que a pesar de que el autor u agente haya sido imputable, este no podrá responder por el dolo o culpa si concurren estas circunstancias.⁴⁴

Aclarando en primera instancia, que más allá de que en la vida práctica se los usa indiscriminadamente a los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, estos se definen y diferencian de la siguiente manera:

Caso fortuito: se funda en la imprevisibilidad del hecho que es producido causalmente por la acción u omisión de un hombre y a su vez en la evitabilidad de este acontecimiento. Por lo tanto, es aquello que no pudo ser previsto o aún siéndolo era imposible de evitar.⁴⁵

Fuerza Mayor: es una causa de exclusión de la responsabilidad, que se constituye en una energía externa, inevitable e irresistible que subyuga la voluntad del sujeto, obligando al mismo a realizar un hecho que constituye delito.⁴⁶

1.1.3.5.1.1 Diferencias entre el Caso Fortuito y Fuerza Mayor

El caso fortuito se fundamenta normalmente en la acción del hombre, mientras que la fuerza mayor constituye una fuerza natural o humana pero ajena.

1.1.3.5.2 Coacción Moral

Otra causa de inculpabilidad es la coacción moral, la misma que no debe ser confundida con lo que conocemos como "*vis absoluta*", pues esto último es la acción corporal que somete a otro de forma constrictiva en inmediata. Será simplemente producto de la "*vis compulsiva*", es decir un despliegue de fuerza que actúa sobre la voluntad de la persona, siendo indiferente el medio que se utilice para estos fines, pues lo importante será la imposibilidad de la víctima de resistir a la coacción. La coacción moral a su vez se expresa por medio de una

⁴⁴ Id.

⁴⁵ GOLDSTEIN. Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. 3ª Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires- Argentina.1998. p. 149

⁴⁶ Ibid. p. 502

amenaza que hace suponer al coaccionado un mal actual e inminente, para su cuerpo, su vida o la vida de sus familiares, que se realizará por quien lo anuncia.⁴⁷

Vale agregar que quien está obligado a sufrir el mal no puede invocar esta eximente, pues la coacción presupone que el mal no pueda ser evitado de otra manera, cediendo finalmente a la fuerza, haciendo u omitiendo lo que se exige o amenaza.⁴⁸

1.1.3.5.3 Error de Hecho y Derecho

1.1.3.5.3.1 Ignorancia y Error

El error constituye otra causa de inculpabilidad; sin embargo, antes de hablar del mismo es preciso acotar que aunque existe una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, pues la primera supone la falta absoluta de representación y una ausencia total de noción sobre un objeto determinado, mientras que el error supone una representación falsa del objeto. Sin embargo, esta diferenciación dentro del derecho positivo y práctica judicial no ha tenido ninguna importancia pues los mismos autores han señalado que en materia de responsabilidad criminal la ignorancia y el error suscitan un solo problema.⁴⁹

1.1.3.5.3.2 El error y su importancia dentro de la teoría del delito

El error dentro del esquema clásico del delito sólo conseguía afectar a la culpabilidad, pues no podía perturbar al injusto, ya que si el error tenía algún efecto se producía únicamente en la culpabilidad dolosa, exculpándola o atenuándola; pudiendo distinguir dentro al error de hecho como de derecho como veremos a continuación.⁵⁰

1.1.3.5.3.3 Error de hecho y de derecho

⁴⁷ MEZGER. Edmund. Derecho Penal Parte General Libro de Estudio. Op. Cit . p. 265-266.

⁴⁸ Ibid. p. 266.

⁴⁹ Cfr. JÍMENEZ DE ASÚA. Luis. Lecciones de Derecho Penal. Oxford University Press. México D.F. – México. 2003. Pp. 260-261.

⁵⁰ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Rubinzal Culzoni-Editores. Santa Fe- Argentina. 2009. p. 308.

Se puede distinguir el error de hecho del error de derecho en que el primero recae sobre una regla de derecho, mientras que el segundo recae sobre hechos jurídicos. Esto quiere decir sobre las condiciones necesarias del hecho para la aplicación de una norma jurídica.⁵¹

Ahora vale decir que, en cuanto a sus efectos, la jurisprudencia alemana se manifestó en el sentido de que sería irrelevante el error sobre: la punibilidad, el carácter prohibido del hecho, la antijuricidad o del merecimiento de la pena; pues en lo que tiene que ver con el error, sólo sería causa de exclusión de la pena el error sobre las circunstancias del hecho.⁵²

Ante esta teoría el Reichsgericht⁵³, se mantuvo firme pero a la vez logró dar una solución viable al problema de la distinción del error de hecho y de derecho, y la exclusión de la pena por error de derecho, diferenciando al error de derecho penal y el error de derecho extrapenal, al señalar que el error que afecta la existencia y alcance de los tipos penales debería ser irrelevante, mientras que los errores que se refieren a preceptos extrapenales, habrían de excluir la existencia del dolo tal como los errores de hecho.⁵⁴

1.1.3.5.3.4 Crítica a la diferenciación entre el error de hecho y derecho por autores clásicos

Dentro de este subtema, expondré la crítica de los mismos autores considerados clásicos, entre quienes podemos mencionar a Carl Binding, quien crítica esta posición que diferencia al error entre de hecho y de derecho, señalando que un error con relevancia jurídica puede estribar en un hecho de trascendencia en el derecho, precisando que aquello que no existe en la vida del derecho no tiene importancia alguna. De ahí la imposibilidad según el autor alemán de mantener la división, puesto que error relevante es necesariamente

⁵¹ Cfr. JÍMENEZ DE ASÚA. Luis. Lecciones de Derecho Penal. Op. Cit. p. 261

⁵² Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. p. 308.

⁵³ Tribunal del Imperio Alemán. Lisa Diccionario. Traducción de Reichgericht. <http://lisa-diccionario.es/traducci%C3%B3n/alem%C3%A1n-espa%C3%B1ol/Reichsgericht.html>. Acceso: 13 de septiembre de 2011, las 11h00.

⁵⁴ Cfr. Ibíd. pp. 308-309.

error de derecho, mientras que un error relevante sobre hechos no jurídicos no debería ser tomado en cuenta.⁵⁵

Acerca de esta misma crítica, el mismo Franz Von Liszt manifiesta que:

*No tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto por la ley descansa sobre una apreciación inexacta del hecho o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y de derecho no encuentra fundamento en la ley. Y es completamente erróneo distinguir, además dentro del error relativo a otras reglas jurídicas y colocar este último, es decir--el error de derecho extrapenal--, en el mismo plano que el error de hecho. Sin embargo, es una opinión muy extendida, la de que el error de hecho y el error de derecho extrapenal excluyen el dolo, mientras que el error jurídico penal queda sin influencia. Esta distinción fracasa ya, puesto que no hay conceptos puramente jurídico-penales, el Derecho penal como Derecho protector toma, más bien, sus conceptos de las restantes ramas jurídicas.*⁵⁶

De lo afirmado se puede dejar en claro, que la diferenciación entre error de hecho y de derecho, de la propia pluma de los autores clásicos no tiene ningún sustento, pues el error que finalmente tiene importancia para el derecho penal, es aquel que verse sobre hechos de materia jurídica. Sin embargo de la misma manera es preciso acotar que nuestro Código Penal si mantiene esta diferenciación, como veremos en el capítulo segundo de esta disertación.

1.1.4 La Culpabilidad en el Esquema Finalista

Una vez explicada, la categoría dogmática del delito, llamada culpabilidad, dentro de lo que conocemos como la Escuela Clásica, procederemos ahora a revisar lo señalado por la teoría finalista, acerca de este elemento del delito.

1.1.4.1 Concepto y diferencias con la antijuridicidad

1.1.4.1.1 Concepto

⁵⁵ ⁵⁵ Cfr. JÍMENEZ DE ASÚA. Luis. Lecciones de Derecho Penal. Op. Cit. p. 263.

⁵⁶ VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Valleta Ediciones. 2007. Buenos Aires- Argentina. 2007.p. 418.

La Culpabilidad vista desde el esquema finalista:

“es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre este”.⁵⁷

1.1.4.1.2 Diferencias con la Antijuridicidad

Definida que ha sido la culpabilidad dentro del esquema finalista del delito, es preciso diferenciarla de la antijuridicidad; recordando que esta última expresa una disconformidad entre la conducta del agente y el ordenamiento jurídico; mientras que la culpabilidad no se agota en el juicio de inconformidad entre la acción y las normas jurídicas, pues se fundamenta en un reproche personal al autor, sobre su capacidad de motivarse bajo las normas de derecho y su posibilidad de haber omitido la actuación antijurídica.

1.1.4.3 Culpabilidad y voluntad

La culpabilidad y la voluntad tienen una relación muy estrecha puesto que es a través de esta última que el agente hubiera podido dirigir de acuerdo al ordenamiento jurídico su conducta, por lo que el reproche que representa la culpabilidad se efectúa sobre aquello que el hombre voluntariamente hubiera podido elegir. Por ello no es posible reprochar a una organización o a una persona jurídica sino sólo a un individuo.

1.1.4.3.1 Desarrollo de la concepción psicológica de la culpabilidad hacia una normativa

Como fue dejado en claro, la teoría del delito del esquema clásico manejó una concepción psicológica de la culpabilidad, la cual fue evolucionando hacia una normativa dentro de un esquema finalista del delito, como veremos a continuación.

Los conceptos de la culpabilidad han sido creados para dar una respuesta las condiciones bajo las cuales un agente podrá ser considerado culpable; por ello,

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 650.

los teóricos se han preocupado por fundamentar esta situación, siendo la Escuela Clásica quien dio una primera respuesta con la teoría psicológica de la culpabilidad. Bajo la cual la culpabilidad implica un juicio sobre tres aspectos: a) la relación causal entre la voluntad de la persona y un hecho; b) la desaprobación del hecho; y c) la conciencia de la contrariedad al deber del autor; siendo por lo tanto la acción voluntaria la causa del hecho ilícito que se manifiestan en dos formas: dolo y culpa, como anteriormente se dijo.⁵⁸

Pese a los esfuerzos realizados y plasmados en el esquema clásico del delito, desde su concepción de lo objetivo en la acción, tipicidad y antijuricidad y lo subjetivo en la culpabilidad; éste no pudo superar su falta de practicidad en cuanto la relación anímica del autor con el resultado de la culpa inconsciente⁵⁹, ni su contradicción en el caso en el que se verifique que el autor haya querido la realización del hecho, pero al mismo tiempo obrando bajo una causa de inculpabilidad, pues aquí se establece la relación anímica pero no se conforma la culpabilidad.⁶⁰ Por ello señala Welzel acerca de la evolución del concepto normativo de la culpabilidad, que sólo Graf Zu Dohna distinguió entre la valoración y el dolo (como objeto de valoración) y limitó el reproche a la desaprobación de la determinación de voluntad. Por ello es que la teoría final de la acción otorgó un nuevo lugar, y el correcto, que es una especie de voluntad final en el tipo subjetivo. Es así que la culpabilidad quedó definida como el poder de estructuración de la voluntad a orientar su voluntad según contenidos de deber ser obligatorios según el ordenamiento jurídico.⁶¹

1.1.4.3.2 Elementos del juicio de reproche

Explicada que ha sido la concepción normativa de la culpabilidad, nos dirigimos ahora a revisar los elementos de este juicio de reproche.

⁵⁸ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. ARA Editores. Lima- Perú. 2004. p. 401

⁵⁹ Cfr. WELZEL. Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11ª Edición 4ta Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile- Chile. pp. 167-168.

⁶⁰ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 401.

⁶¹ Cfr. WELZEL. Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Op. Cit. pp. 168-169.

Según Hans Welzel para reprochar de culpabilidad a alguna persona se necesita que el autor haya podido motivarse de acuerdo a la norma, es decir habría podido estructurar su acción de acuerdo a la norma; por lo que este juicio para poder realizarse deberá tomar en cuenta dos premisas⁶²:

- a) Que el autor sea capaz, teniendo en cuenta sus fuerzas psíquicas de motivarse de acuerdo a la norma (imputabilidad)⁶³
- b) Que el autor pueda motivarse de acuerdo la norma en virtud de su comprensión de la antijuridicidad de su propósito concreto (posibilidad de comprensión de lo injusto)⁶⁴

De las cuales se desprende como lo dice el mismo maestro alemán, que confirmada la imputabilidad así como la posibilidad de conocimiento del injusto se puede establecer materialmente la culpabilidad (“el poder en lugar de ello”). Sin embargo esto no significa que ya se pueda hacer el reproche de culpabilidad, ya que existen situaciones en el que el ordenamiento jurídico tiene que renunciar a él, es decir, exculparlo y absolverlo de pena. Esto ante situaciones en donde se encuentra extraordinariamente disminuida la posibilidad de motivación de acuerdo a la norma, de lo que se deriva el otro elemento del juicio de reproche, que es la inexigibilidad de la conducta conforme a derecho.⁶⁵

Ahora una vez anotados los elementos del juicio de reproche el siguiente paso es describirlos. Para lo cual la doctrina se ha inclinado por estudiarlos dando un primer lugar a la imputabilidad, luego al conocimiento de la antijuridicidad y finalmente a la inexigibilidad de otra conducta⁶⁶

1.1.4.3.2.1 Imputabilidad

⁶² Ibid. pp. 140-141

⁶³ Ibid. p. 141

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Ibid. p. 210

⁶⁶ sin embargo el maestro español Enrique Bacigalupo nos ofrece una crítica a esta metodología pues ha señalado que la exposición de los elementos de la culpabilidad debe comenzar por el conocimiento de la desaprobación jurídica del acto, pues si un incapaz no puede motivarse en este sentido, el análisis de su inculpabilidad será superfluo. Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 404.

*La imputabilidad es: La capacidad de reconocer el injusto y de obrar en consecuencia presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de una persona, que son las únicas que posibilitan la existencia de una personalidad responsable. Cuando estas funciones mentales (la posibilidad de determinación conforme a sentido en la vida anímica) quedan eliminados por procesos causales indiferentes al sentido, entonces también desaparece la capacidad de culpabilidad.*⁶⁷

Por ello la imputabilidad del autor necesita que, éste al momento de cometerse el delito, tenga total condición de salud mental, la misma que le permitiese motivarse y actuar conforme a las normas. Sin embargo, la imputabilidad no se constata únicamente mediante una valoración psicológico-psiquiátrico, sino que también tiene relación a un juicio cultural de carácter complejo que abarca también lo normativo, haciendo un análisis del acto en concreto, en el contexto social, cultural, histórico y antropológico en el que el agente se desenvuelve.⁶⁸

1.1.4.3.2.1.1 Causas de inimputabilidad

- a) La minoría de edad: exclusión de la responsabilidad que se apoya en la presunción de derecho, de que estos individuos no han alcanzado aún la madurez suficiente para comprender la norma.⁶⁹
- b) Anomalías psíquicas: es el caso de enfermedades mentales, las mismas que deben interpretarse incluyendo en primer lugar a las psicosis en sentido clínico, de origen endógeno como exógeno; considerando entre las de origen exógeno a los delitos producidos por parálisis esclerótica, el delirium tremens que tiene origen en intoxicaciones y los estados psicóticos provenientes de lesiones cerebrales. Entre las psicosis de carácter exógeno podemos en cambio encontrar la esquizofrenia y la locura maníaco depresiva. En definitiva las enfermedades mentales son aquellas situaciones en las que se prueba que existe grave perturbación de la personalidad y de la

⁶⁷ Cfr. WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Op. Cit. p. 134.

⁶⁸ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal- Parte General. Op. Cit. p. 427.

⁶⁹ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 424.

capacidad de acuerdo a sentido, es decir de acuerdo a la norma jurídica.⁷⁰

- c) Insuficiencia de desarrollo mental: dentro de este grupo se encuentra la oligofrenia, cuya principal característica se encuentra en que quienes la padecen, son personas que no poseen suficiente inteligencia como para responder ante el mundo que los rodea. Es relevante jurídicamente en la medida en que excluye la posibilidad de conocer la criminalidad del acto y de dirigir las acciones.⁷¹
- d) Grave perturbación de la conciencia: se diferencian de aquellos estados que privan totalmente la conciencia; pues esta perturbación se da entre la relación normal de la autoconciencia, con la conciencia del mundo exterior, constituyendo una afrenta a la autodeterminación.⁷²

1.1.4.3.2.2 Conciencia de Antijuridicidad

Estudiada que ha sido la imputabilidad, continuamos con el segundo elemento del juicio de reproche, la “conciencia de antijuridicidad”, la cual será analizada a continuación.

Exactamente no actúa de manera culpable quien no tiene conciencia de la antijuridicidad formal o material, sea porque crea firmemente que su actuación no constituye injusto o porque no conoce o no puede saber que su comportamiento no observa todos los mandatos y prohibiciones de las normas de exigibilidad. Vale aclarar que el conocimiento que deba tener el agente será el de cualquier ciudadano, el del hombre medio, siendo exigible no necesariamente el conocimiento efectivo, sino únicamente la posibilidad de haberlo hecho. En definitiva quien actúe motivado por un error de prohibición no es culpable.⁷³

1.1.4.3.2.2.1 Ubicación Sistemática

⁷⁰ Ibid. pp. 424-425.

⁷¹ Ibid. p. 427.

⁷² Ibid. p. 428.

⁷³ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal- Parte General. Op. Cit. p. 415

Pueden diferenciarse dos teorías que dan lugar al error de prohibición, pues:

Como bien pudimos ver dentro del esquema clásico, el conocimiento de la antijuridicidad se lo ubica como componente del dolo que se concibe como una forma de manifestación de la culpabilidad; diferenciándose del conocimiento de la antijuridicidad como elemento independiente del dolo⁷⁴. Para fundamentar estos dos posicionamientos surgieron dos teorías que lo explicaban como se expondrá a continuación:

a) Teoría del Dolo: propia de la concepción causalista, dentro de la cual se puede diferenciar a su vez a la teoría estricta por la cual todas las formas de error sean de tipo o de prohibición, excluyen el dolo y por consiguiente la culpabilidad, siempre y cuando sean invencibles. Mientras que si es evitable el autor responderá a título de culpa, siempre y cuando la ley haya previsto esa cláusula general de imprudencia. Esta teoría es criticada por su exigencia de conocimiento efectivo y actual de la antijuridicidad, además que tal concepto crea lagunas de punibilidad. La teoría limitada por su parte que nació a causa de las críticas a su antecesora, la misma que para evitar las lagunas de punibilidad afirmaba que basta el mero conocimiento potencial de la antijuridicidad, introduciéndose por ende nuevos conceptos como fueron la “enemistad con el derecho” y la “ceguera jurídica” para medir la inevitabilidad del error.⁷⁵

b) Teoría de la Culpabilidad: para esta teoría, la culpabilidad se la concibe en forma normativa, enmarcándose como su núcleo central, al conocimiento de la antijuridicidad. En una versión estricta de esta teoría, cuando se presenta un error invencible sobre la antijuridicidad se excluye la culpabilidad, mientras que si el error es vencible se aminorará la pena imponible para el hecho, tomando en cuenta para ello al conocimiento de la antijuridicidad que se deberá concebir de manera potencial.⁷⁶

⁷⁴ Ibid. p. 416.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ Ibid. p. 417.

1.1.4.3.2.2 Clases de error de prohibición

Antes de entrar en la clasificación de las formas de error de prohibición es preciso señalar que el error de prohibición, debe diferenciarse del error de tipo, pues este es una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad, es decir, en otras palabras, es la falta de conocimiento de que se está configurando la parte objetiva del tipo penal; mientras que el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.⁷⁷

Este error por lo tanto puede ser: a) vencible, cuando se puede exigir al agente el conocimiento, ya que pudo haber evitado la acción antijurídica si se hubiere informado y b) invencible, cuando obrando con la diligencia debida el agente no hubiera podido comprender la antijuridicidad.⁷⁸ El error de prohibición así mismo puede clasificarse como error directo, que es aquel por el cual el autor no conoce la prohibición específica respecto al hecho y cree lícito su accionar, lo que puede manifestarse como error sobre la existencia de la prohibición, error sobre la validez de la norma y error de interpretación. El error indirecto por su parte es aquel que tiene relación con una causa de justificación y puede manifestarse como error sobre la existencia de una causa de justificación, error en los límites de la justificación y error sobre la concurrencia de circunstancias que justifiquen el hecho.⁷⁹

1.1.4.3.2.3 Exigibilidad de otra conducta

Este tópico será tratado en el próximo subcapítulo.

1.2 Estado de Necesidad justificante

1.2.1 Introducción al Estado de necesidad

Antes de realizar un estudio al estado de necesidad exculpan y posteriormente al estado de necesidad justificante es necesario expresar que

⁷⁷ Cfr. Ibíd. p. 418.

⁷⁸ Cfr. Ibíd. p. 417

⁷⁹ Cfr Ibíd. 418-419.

estas dos eximentes propuestas, las mismas que serán tratadas bajo una perspectiva finalista dentro de esta disertación, tienen su fundamento, en lo que en general podemos expresar como estado de necesidad, que es definido por los autores, Maurach y Zipf como *“un estado de peligro actual para intereses reconocidos, el que sólo puede ser superado mediante la lesión de intereses reconocidos de un tercero”*.⁸⁰ De lo que se puede deducir que el estado de necesidad se presenta como un “microcosmos jurídico”, cuyo tratamiento en un solo campo de la valoración del delito no puede ser un juicio exclusivo de la antijuridicidad, ni un problema único de la responsabilidad individual.⁸¹

Pronunciándose cercanamente en este sentido Von Liszt y Manzini presentan al estado de necesidad como una situación de peligro jurídicamente reconocida en la que la persona no tiene otra opción; es decir, se encuentra determinada a violar un mandato jurídico en propio y ajeno interés, teniendo como efecto justificar el hecho proporcional al peligro, cuando el origen de este peligro no puede imputársele. Sin embargo aún ellos no reconocen la naturaleza distinta de estas dos instituciones, bajo las cuales se debe entender que en una situación de peligro que se evita con una lesión a un interés, se esconden supuestos de diversa índole que no pueden ser tratados de la misma manera, pues tienen consecuencias diferentes. En primer lugar la justificante convierte en lícita a la acción y por ello no se puede oponer otra causa de justificación y no cabe por lo tanto en la acción la participación punible; mientras que con la exculpante la acción es sólo disculpada y por lo tanto se puede ejercitar en su contra legítima defensa y existirá también participación respecto a ella.⁸²

Una vez hechas estas puntualizaciones podemos ingresar al estudio en primer lugar del estado de necesidad justificante

1.2.2 El estado de necesidad justificante y su fundamento

⁸⁰ DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo III Teoría General del Delito- II. p. 257.

⁸¹ Cfr. Ibíd. p. 257-258.

⁸² Ibíd. p. 259.

Dentro de este capítulo analizaremos la institución del estado de necesidad justificante, iniciando por un análisis de sus conceptos generales, sus formas de manifestación, su fundamento y posteriormente sus requisitos.

1.2.3 Análisis General

Es del estado de necesidad justificante la idea que el bien jurídico está sufriendo un peligro presente y real, por el cual se encuentra permitido afectar otro bien jurídico, cuando no se puede evitar el peligro de otra forma y que el bien jurídico protegido sea más importante que el afectado. De la misma forma lo explica el tratadista español José Cerezo Mir, quien ha expresado que, el estado de necesidad supone una situación de peligro actual, de un mal grave e inminente para el bien jurídico propio o ajeno, consistiendo la categoría de actual, en que aparezca probable la lesión y lo grave en que realmente sean lesiones significantes. Pues de otra manera no cabría hablar de estado de necesidad. Además que se requiere que el mal grave e inminente no pueda ser evitado por otro procedimiento o medio legítimo o por procedimientos ilegítimos pero que causen menor perjuicio; siempre y cuando el mal pueda evitarse huyendo del mismo. Vale agregar que acorde lo que afirmaba Kant, estos requisitos deben existir objetivamente y no sólo estar en la mente e imaginación del agente.⁸³

1.2.4 Clases de Estado de necesidad

Dentro de este capítulo diferenciaremos al estado de necesidad defensivo del agresivo, exponiendo su fundamento de la siguiente manera.

1.2.4.1 Estado de necesidad defensivo

La doctrina ha reconocido que existe estado de necesidad defensivo cuando se causa un daño necesario a cosa ajena o sin dueño, para evitar un peligro que se origine de ella, sin que sea desproporcionado. Es preciso agregar además que esta institución abarca no sólo a las cosas, sino a los animales e incluso a las personas, como el caso del ataque del inimputable. Completando

⁸³ Cfr. Ibíd. p. 268-269

este razonamiento, Jescheck y Weigend, señalan que este estado de necesidad tiene su fundamento en el derecho natural a la defensa del interés amenazado, lo que suprime el desvalor de acción al existir aprobación jurídica de la acción de defensa, más allá de la conservación del bien jurídico protegido.⁸⁴

1.2.4.2 Estado de necesidad agresivo

Dentro de esta forma de estado de necesidad, el titular del bien jurídico que sufrirá una potencial afectación, no tiene ninguna responsabilidad por el peligro al bien jurídico que genera el estado de necesidad y su evitación; por lo que en este caso, el sujeto no es un agresor injusto, pues el peligro no ha surgido de su actuación, ya que la intromisión tiene su fundamento en el principio de responsabilidad del ilícito. En consecuencia el agente encuentra el permiso para evitar el peligro de un bien jurídico desinteresado que será intervenido.⁸⁵

1.2.4.3 Fundamento Jurídico, el conflicto de intereses

El fundamento del estado de necesidad está en la ponderación de intereses o bienes. Lo que significa que una acción estará justificada siempre y cuando se salve un interés de mayor valor jurídico que el interés afectado, no siendo este principio ilimitado, pues debe ser completado por otro que se basa en la autonomía ética del hombre y cuya razón de ser se encuentra en la dignidad humana planteada por Kant. Es decir que un hombre no debe utilizarse como medio para los fines de otro.⁸⁶

Continuando con la explicación, es de vital importancia realizar una precisión acerca de la distinción en este punto entre bienes jurídicos e intereses, pues el término intereses es mucho más abierto y amplía la protección de las personas en casos de excepción, además de que brinda a la institución un mejor marco conceptual; pues al plantear que el conflicto sea de intereses, se toma en cuenta no sólo la importancia de los bienes jurídicos sino también su puesta en

⁸⁴ Cfr. Ibíd. p. 272-273.

⁸⁵ Cfr. Ibíd. p. 282.

⁸⁶ Cfr. Ibíd. p. 283

peligro o su lesión directa y la gravedad de la lesión; acotando por supuesto, que es necesario para realizar la valoración del mal causado, el tomar en consideración al desvalor de acción, así como los conceptos de interés general, orden público y paz social.⁸⁷

Por su parte Bacigalupo afirma que al realizar la ponderación de intereses y no sólo de bienes jurídicos, esta actividad debe tomar en cuenta otros factores para poder realizar el examen de la total situación que rodea al estado de necesidad, señalando que debe partirse de la relación jurídica de los bienes jurídicos que colisionan, cuyo valor debe deducirse del ordenamiento jurídico, siendo un indicio de este valor la pena impuesta por su lesión o peligro. Sin embargo lo decisivo no será esta colisión, sino el merecimiento de protección del bien jurídico específico en una situación concreta, quedando justificada la acción únicamente si la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial, es decir debe ser marcada a favor del que se salva.⁸⁸

De todas maneras el estado de necesidad no puede ampliarse, ni autoriza la realización de acciones que afecten bienes individuales como la vida, radicando esta limitación en que la acción necesaria debe ser un medio adecuado socialmente para resolver el conflicto.⁸⁹

1.2.4.3 Condiciones y límites del estado de necesidad justificante:

- La existencia de un riesgo, un mal, un daño; lo que se traduce en la existencia de una lesión o peligro al bien jurídico. Es decir una amenaza real, sea que provenga de fuerzas de la naturaleza, de un animal, de un actuar no constitutivo de conducta penalmente relevante o de un comportamiento humano. No existiendo amenaza cuando la persona se ha procurado la misma. Ahora para poder verificar si realmente existía el riesgo la única manera es mediante

⁸⁷ Cfr. Ibíd. pp. 271-272.

⁸⁸ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 362.

⁸⁹ Cfr. Ibíd. pp. 362-363.

un juicio “ex ante”, bajo el cual el juzgador se retrotraiga al lugar y hora en que se realizó la acción en necesidad.⁹⁰

- Que la lesión o riesgo sea inminente; constituyéndose como inminente cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico que pueda deducirse de un movimiento, de una actuación, del lenguaje corporal, que lleve al individuo racionalmente a tener la convicción de que es necesario tomar las medidas correspondientes para proteger el interés protegido.⁹¹
- Se la realiza para proteger un derecho propio o ajeno; quedando claro que cualquiera puede ser el titular del bien jurídico amenazado, incluso personas jurídicas, como el Estado. Lo que significa a su vez que todos los bienes son defendibles sin que el ordenamiento jurídico lo reconozca expresamente.⁹²
- Que el mal que se causará al salvaguardar el bien no sea evitable por otro procedimiento menos lesivo; esto quiere decir que el agente, tras hacer una valoración racional de la situación, reconozca que no tiene al alcance otro medio legítimo que evite el daño.⁹³
- Se debe causar un mal menor; pues si el mal causado es de igual magnitud al evitado, podrá invocarse únicamente el estado de necesidad exculpante. Para realizarse la ponderación de intereses es necesario tomar en cuenta que bienes están en conflicto y acudir no sólo al criterio abstracto de valoración, sino que se debe tomar en cuenta el caso concreto, a fin de efectuar un examen de: a) la jerarquía de los bienes jurídicos en concreto de acuerdo a la valoración del legislador, b) la intensidad de la afectación, c) la proximidad y gravedad del mal que está amenazando, d) el grado de idoneidad de la acción de salvamento emprendida por el agente y su meta, y e) el significado social de los intereses.⁹⁴

⁹⁰ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal- Parte General. Op. Cit. p. 392.

⁹¹ Cfr. Ibíd. p. 393

⁹² Cfr. Id.

⁹³ Cfr. Id.

⁹⁴ Cfr. Ibíd. p. 394.

- Que no haya sido causado intencional o imprudentemente por el agente; lo que quiere decir que se excluye de la justificación al provocador de la situación amenazante.⁹⁵
- Que el daño no deba afrontarse por deber jurídico; pues existen personas que está obligadas a enfrentar las amenazas a los bienes jurídicos en razón de su profesión, contrato, acuerdo o voluntariado, como el caso de un médico, una enfermera, un bombero, un rescatista, etc. Sin embargo, estas personas pueden valerse de esta justificación cuando el sacrificio que realizarán será totalmente inútil o se de el caso de una desproporción enorme entre los bienes en conflicto, así como cuando la persona no está ejerciendo su deber.⁹⁶
- Debe existir la finalidad de proteger el bien jurídico; este es el elemento subjetivo necesario por el cual no sólo se debe conocer los elementos objetivos de la causal sino que se debe actuar con el ánimo de evitar un mal propio o ajeno.⁹⁷

1.3 Estado de Necesidad exculpante y la inexigibilidad de otra conducta

1.3.1 Fundamento: La no exigibilidad de otra conducta y falta de autodeterminación

Todas las causas de inculpabilidad son supuestos en que no puede exigírsele al autor una conducta distinta del injusto. Por ende, la inexigibilidad de otra conducta no es una exculpante sino la esencia última de toda inculpabilidad. En efecto la procedencia de la inculpabilidad puede partir de la no exigencia de a) la comprensión de la antijuridicidad o b) la adecuación de la conducta a esa comprensión. Vistas las causas de inculpabilidad basadas en la inexigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad, restan los casos en que a pesar de ser ésta jurídicamente exigible, en incluso eventualmente efectiva- no hay exigibilidad de una conducta diferente, que tiene lugar cuando opera una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción. En el derecho positivo hay dos supuestos de inexigibilidad de otra conducta provenientes de la situación

⁹⁵ Cfr. Id.

⁹⁶ Cfr. Ibíd. p. 395.

⁹⁷ Cfr. Ibíd. p. 396.

*reductora de la autodeterminación: a) el estado de necesidad exculpante y b) la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad.*⁹⁸

Siendo el caso más importante de no exigibilidad de una conducta, el del estado de necesidad exculpante, eximente por la cual se libera al agente de la pena, ya que la situación de necesidad causa tal presión en la persona que impide realizar en ella un reproche de culpabilidad, por cuanto los hechos hacen imposible poder motivarse adecuadamente conforme a sentido. Por lo que en definitiva el reproche de culpabilidad es realizable únicamente cuando exista un mínimo de libertad, sino no la hay, no es posible la imputación y por lo tanto no existe culpabilidad, ni consiguientemente sanción penal.⁹⁹

Es necesario agregar además que en cuanto al nivel de exigibilidad, éste será en un nivel “medio” en relación a sus ciudadanos, en otras palabras la de una persona que observa del ordenamiento jurídico, pues no es posible exigir una conducta diferente, entre los cuales podrían estar actos heroicos, actos de sacrificio de su vida o la de sus seres queridos, etc. Lo que nos da a conocer que el reproche de culpabilidad se da siempre en la capacidad general de autodeterminación del ser humano, analizando si la situación ha llevado al autor a condicionar o disminuir su voluntad de modo que no sea posible reprocharle su conducta.¹⁰⁰ Constituyéndose por lo tanto, como fundamento de la necesidad exculpante la reducción de la autodeterminación.¹⁰¹

1.3.2 Análisis General

Estaremos ante el estado de necesidad disculpante, cuando el agente realiza una acción típica y antijurídica, pero la efectúa con el fin de repeler o alejar de sí mismo o de una persona cercana un peligro que amenace a un bien jurídico importante, entre los cuales estarán: la vida, la integridad y la libertad. Teniendo como efecto de esta eximente la eliminación de la culpabilidad por cuanto existe

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 744.

⁹⁹ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. pp. 373-374.

¹⁰⁰ Cfr. Ibíd. pp. 374-375.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 748.

una causa excepcional que haría imposible al autor exigirle al autor una conducta conforme a derecho.¹⁰²

Constituye el mejor ejemplo de esto, el caso de la tabla de Carnéades (214-129 A.C.)¹⁰³, quien expresó lo siguiente:

*“Justicia significa no matar a otro hombre, no afectar de ninguna manera a un tercero. ¿Qué hará entonces el justo cuando, en un naufragio, otro que es más débil se ha apoderado de una tabla salvadora? ¿No se la quitará para aferrarse a ella y salvarse a sí mismo, especialmente si se encuentra en medio del mar y no hay testigo alguno? Si es sensato lo hará, pues de lo contrario morirá. Pero si prefiere morir antes que realizar un acto contra su prójimo, será justo pero también necio, pues no protege su propia vida sino la de un vecino”.*¹⁰⁴

Por lo que complementando a esto el filósofo alemán Emmanuel Kant, manifestó lo siguiente:

*“Por tanto, el acto de salvar la propia vida por medio de la violencia no ha de juzgarse como irreprochable sino sólo como no punible. El apotegma del Derecho de necesidad reza así: la necesidad carece de ley”.*¹⁰⁵

Ahora bien, más allá de la conclusión a la que llega Kant, quien lo plantea como un caso de no punibilidad, la resolución del conflicto se debe dar por lo inculpable de la acción, pues el criterio rector de esta eximente, se constituye en el juicio de inexigibilidad de otra conducta.¹⁰⁶

1.3.3 Requisitos del Estado de Necesidad exculpante

a) La existencia de un peligro

¹⁰² Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 380-381.

¹⁰³ Filósofo griego de la denominada Academia Nueva, escéptico [61] sistemático, ahondó la filosofía de igual tendencia de su predecesor en la Academia, [Arcesilao](#). (Rosental & Iudin. Diccionario Soviético de Filosofía. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo 1965. pp. 60-61.)

¹⁰⁴ ENGISCH en DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit.. 381

¹⁰⁵ KANT en DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. pp. 381.

¹⁰⁶ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. pp. 381.

Esta eximente requiere que el autor actúe para rechazar un peligro que lo afecta a él o a una persona allegada; pudiendo tener su origen en un hecho de la naturaleza (desastres, inundaciones, terremotos, derrumbes, etc), en acciones humanas, como es el caso de la coacción, en casos de disposiciones de autoridad o inclusive en situaciones generales de necesidad económica¹⁰⁷, así lo afirma Roxin quien señala que:

*Si las disposiciones económicas no pueden detener la muerte por hambre en el caso concreto, no se puede penar a los consumidores que, por un auténtico estado de necesidad, intentan conservar su vida infringiendo la disposiciones de racionamiento. Así el supuesto de falta de vivienda también fundamenta un estado de necesidad en el caso de que la situación existente suponga directamente un peligro inmediato para la integridad física o vida de los habitantes.*¹⁰⁸

Por otra parte la coacción es otro supuesto importante de estado de necesidad, refiriéndonos a la vis compulsiva, que se originaría en actos como maltratos, tormentos, amenazas, etc; entre los cuales se aplica el estado de necesidad exculpante, cuando el peligro que se evita es igual al peligro que se genera. Sin embargo debe también aceptarse estado de necesidad cuando el peligro que se genera es mayor al evitado, puesto que la idea base es que el autor de estado de necesidad tiene reducida fuertemente la capacidad de comportamiento de acuerdo a la norma, cuando la única posibilidad de salvaguardar sus bienes jurídicos es producir un daño mayor al que evitaba.¹⁰⁹

b) Bienes defendibles

“El estado de necesidad solamente disculpante exige, a diferencia del estado de necesidad justificante, que el autor esté sometido a una presión motivacional extrema, que haga aparecer como inexigible en el caso normal reclamar un comportamiento con arreglo a la norma. Una exclusión de la culpabilidad por estado de necesidad sólo entra en consideración, por tanto, en acciones para la salvación de bienes jurídicos individuales de rango elevado. Por ello los clásicos bienes jurídicos susceptibles de estado de necesidad son aquí la vida y la integridad corporal. El nuevo parágrafo 35 StGB, ha introducido ahora

¹⁰⁷ Cfr. Ibíd. p. 383.

¹⁰⁸ ROXIN en DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. pp. 384.

¹⁰⁹ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. pp. 384-385.

*una ampliación al incorporar la libertad; este cambio se fundamentó en la especial significación de ésta en nuestra constitución liberal.*¹¹⁰

c) La limitación respecto del autor

El estado de necesidad disculpante puede favorecer sólo a aquel que está sometido a la presión motivacional extrema; para ello es preciso que el autor, su pariente o una persona allegada al mismo se encuentren amenazados por un peligro grave e inminente. Sin embargo hay quienes son de la opinión de admitir un estado de necesidad supralegal, como es el caso de situaciones en las que el agente decide éticamente proteger un injusto mayor, por lo que no podría formularse en su contra un reproche de culpabilidad; teniendo por ejemplo de esta situación al caso del empleado del ferrocarril en el que este último se percató al momento de regresar a la estación, que los frenos del vehículo han fallado y se encuentra ante la amenaza de colisionar con otro tren, pero con el fin de evitarlo cambia su curso y se dirige a una vía libre, en donde trabajan algunos obreros cuyas vidas a causa del trayecto del tren pieren; de lo que vale precisar que bajo esta decisión el número de víctimas fue reducido fundamentalmente.¹¹¹

d) Actualidad del peligro

La situación de inexigibilidad puede darse únicamente cuando el peligro objetivo a evitarse sea actual o mejor dicho presente. Es decir el peligro no debe estar meramente en la mente del agente, sino en la realidad, por ello es que para un examen completo de su existencia su análisis debe ser *ex post*.¹¹²

Una vez aceptada la objetividad necesaria de la situación, es preciso añadir que para que pueda hablarse de actualidad, la producción del mal producido debe ser inminente, salvo que a pesar del paso del tiempo no pueda darse una solución al conflicto.¹¹³

¹¹⁰ HIRSCH en DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. pp. 386.

¹¹¹ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. pp. 387-390.

¹¹² Cfr. Ibíd. p. 392.

¹¹³ Cfr. Ibíd. pp. 392-393.

Por ello podemos aplicar el estado de necesidad disculpante, a pesar de que el peligro no sea instantáneo, pues puede darse el caso de un riesgo que permanezca latente durante cierto transcurso de tiempo.¹¹⁴

e) La no exigibilidad de la tolerancia

Este requisito señala que el agente podrá invocar estado de necesidad siempre y cuando por su actuación, condición o deber no se encuentre obligado a soportar la amenaza.¹¹⁵

Debemos recordar que lo que se debe valorar dentro de esta eximente es la inexigibilidad de otra conducta. Por lo que resulta obligatorio, el analizar si es que estas situaciones hace pocas líneas nombradas, son especiales respecto a la conducta del autor; pues si fuera del caso, estas relaciones especiales del agente, entre las cuales podemos mencionar: el hecho de ser un agente de seguridad, un bombero o un agente del orden, entre otras; le exigen una contramotivación al peligro, lo que significa que la presión psicológica será menor que en el resto de casos, ya que se conoce el individuo enmarcado en esta situación debe soportar y afrontar el peligro.¹¹⁶

f) La no provocación del peligro

No hay posibilidad de invocar el estado de necesidad cuando ha sido provocado por el mismo agente, como regla general; sin embargo, sobre este tema el maestro Argentino Edgardo Alberto Donna realiza las siguientes cuatro aclaraciones: a) no basta la mera relación causal entre lo realizado por el agente y el peligro originado, pues se necesita al menos el accionar culposo del autor; b) la eximente se excluye sólo cuando el riesgo fue ocasionado únicamente por el agente y no cuando haya sido producido por sus parientes o allegados; c) no basta con la generación de cualquier peligro, pues es necesario que el agente mediante su acción haya dado paso a la necesidad de salvación; d) que el estado de necesidad puede aplicarse, aún cuando el sujeto haya creado el peligro con su propia actuación, si la conducta típica y antijurídica es realizada favor de su

¹¹⁴ Cfr. Ibíd. p. 393.

¹¹⁵ Cfr. Ibíd. p. 395-396.

¹¹⁶ Cfr. Id.

pariente o allegado. Pese a lo dicho el mismo tratadista deja en claro que estos requisitos no son para aplicarlos automáticamente sino que debemos siempre remitirnos a si era o no exigible una conducta diferente a la que realizó el agente.

117

g) Relación jurídica especial

Se refiere a las personas que tienen un deber especial de soportar cierta clase de peligros. Con respecto a estos individuos las reglas de la no exigibilidad son más estrictas, pues están obligados a soportar sacrificios que no se les impondrían al común de los ciudadanos. Este es el caso del soldado que debe enfrentarse a la guerra, por lo cual no puede asegurar que actuaba bajo estado de necesidad al desobedecer la orden de autoridad o el caso del médico que no puede dejar de curar con el pretexto del riesgo de infectarse o finalmente, el caso del bombero quien no puede negar auxilio ante un domicilio en llamas.¹¹⁸

Pero pese a la obligación que tienen estas personas de resistir y soportar estas situaciones de presión no es total su obligación, pues se admite la eximente de necesidad exculpante cuando: a) el deber del sacrificio sea inútil, b) exista una desproporción muy grande entre los bienes en conflicto o c) la exigencia de soportar el peligro se vuelva totalmente irracional.¹¹⁹

También se debe analizar que en caso de que no sea posible aplicar el estado de necesidad disculpante ante esta relación jurídica originada por el deber especial, para la imposición de la pena, de todas maneras, se debe tener en cuenta que la capacidad de motivación de la persona se encuentra reducida.¹²⁰

h) Elemento subjetivo

Para que opere este estado de en las demás causas de exclusión de la no inexigibilidad, debe existir un elemento subjetivo, es decir el agente debe obrar con conocimiento del peligro y con el objetivo de evitarlo, pudiendo concurrir este

¹¹⁷ Cfr. Ibíd. pp. 396-398.

¹¹⁸ Cfr. Ibíd. pp. 398-399.

¹¹⁹ Cfr. Ibíd. p. 399.

¹²⁰ Cfr. Ibíd. p. 400.

objetivo con otras metas, desde la auto conservación hasta el deseo de salvar el bien jurídico.¹²¹

1.3.4 La falsa suposición de la situación de necesidad y sus casos

También tiene por efecto la exclusión de la culpabilidad, la creencia por parte del agente de una situación de necesidad exculpante, ya que esto supone en él, una coacción similar a la sufrida a la existencia real de una necesidad, ya que su autodeterminación acaba comprometida por el error invencible sobre esta eximente.¹²²

Cabe observar que en la vieja estructura del delito neokantiana se sostenía que los casos de estado de necesidad putativo y vencible, debían resolverse como delito culposos, pues el error eliminaba el dolo. Sin embargo, el finalismo dio un giro a esta postura, sosteniendo que debería aplicarse únicamente menor culpabilidad. Ahora volviendo a la explicación de la estructura neokantiana, es necesario resaltar que la vía del delito culposos se había intentado bajo distintos argumentos. Entendiendo que el dolo no desaparecía si era reprochable la situación, tratando de justificar de esta manera la tipicidad culposa por una analogía con el error de prohibición indirecto sobre la causa de justificación o por la aplicación del *actio libera in causa*. El problema de esto radica en que se desplaza a la culpa hacia una conducta anterior, cuando no existe ningún tipo penal que comprenda la conducta anterior a través de un tipo de error culposos y cuando tampoco se puede enmarcar la acción bajo la vía del *actio libera in causa*.¹²³ “Si en el momento mismo del hecho, el dolo no se altera, y se quiere hacer fincar la culpabilidad en la mera situación psicológica del autor, no habría otra solución que considerar impune el error invencible sobre la situación de inculpabilidad, pues de lo contrario se estarían creando tipos que no existen”.¹²⁴

En síntesis la base legal para la inculpabilidad en caso de necesidad exculpante putativa puede hallarse tanto en la fórmula legal el que no haya podido en el momento del hecho, por error o ignorancia de hecho no imputable comprender la criminalidad del acto (caso en que

¹²¹ Cfr. Ibíd.pp. 400-401.

¹²² Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 752.

¹²³ Cfr. Ibíd. p.753.

¹²⁴ Id.

*se entienda que criminalidad abarca la situación que posibilita el ámbito de autodeterminación), o viene en la fórmula legal el que no haya podido en el momento del hecho, por error o ignorancia de hecho no imputable, dirigir sus acciones (caso en que se entienda que criminalidad no abarca ese conocimiento).*¹²⁵

1.3.5 El desconocimiento de la necesidad disculpante

Este es el caso inverso al del error sobre la necesidad exculpante, pues la persona se encuentra reducida en su autodeterminación pero lo desconoce. Vale anotar de todas maneras que la doctrina alemana niega relevancia a esta eximente, pues exige que el agente conozca sobre la situación objetiva de necesidad, admitiendo como máximo el fin de salvar el bien jurídico en peligro, pero siempre y cuando conozca de la necesidad.¹²⁶

Sin embargo el jurista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“ (...) Si bien en principio y por regla general, el conocimiento de la situación objetiva de necesidad es necesario como reducción de la autodeterminación del agente, su desconocimiento no es irrelevante cuando lleva a convertir a la culpabilidad en un reproche de la insensatez, que violaría la racionalidad republicana hasta el límite de colocarla al borde del absurdo. Ello conduce a establecer una regla que se deriva de la naturaleza misma del desconocimiento de la situación de necesidad: se trata de un error al revés, en el sentido que es un error que perjudica o un error in malam partem. Así como el error que beneficia se le otorga un tratamiento diferencial según su vencibilidad, alguna discriminación debe efectuarse en los casos de un error que perjudica. Consecuentemente, si no todo error in bonam partem es eximente, tampoco debe ser irrelevante todo error in malam partem. Además, si en el error que beneficia, el error invencible exime de culpabilidad y el vencible sólo puede atenuarla, en el error que perjudica cabe invertir la regla y admitir que el error invencible es exculpante de la culpabilidad y el vencible sólo puede atenuarla.”*¹²⁷

1.3.7 La necesidad exculpante en los delitos culposos

En este tipo de delitos también puede darse el caso de una necesidad exculpante, como el caso de cansancio físico o psicológico, o el sometimiento a una actividad demasiado exigida que provoca agotamiento total del organismo

¹²⁵ Ibíd. 753-754.

¹²⁶¹²⁶ Cfr. Ibíd. p. 755.

¹²⁷ Cfr. Ibíd. p. 756.

humano, que provocarán violaciones al deber de cuidado ante la necesidad de preservar la fuente de trabajo por ejemplo.¹²⁸

CAPITULO II

CÓDIGO PENAL ECUATORIANO Y ESQUEMA CLÁSICO DEL DELITO

2.1 El esquema clásico del delito presente en el Código Penal ecuatoriano

2.1.1 Una breve reseña histórica del Código Penal ecuatoriano

Cuatro principales códigos Penales¹²⁹ han sido expedidos durante la época republicana ecuatoriana. El código de 1837, durante la presidencia de Vicente Rocafuerte, mismo que fue inspirado en las ideas liberales del mismo, y donde se plasmaron algunas de las ideas de la escuela clásica del Derecho Penal. Posteriormente fue expedido un nuevo código en el año de 1872 durante la segunda presidencia de García Moreno. Según el Dr. Ernesto Albán Gómez no se evidencia alguna evolución importante, con relación a su predecesor cuerpo legal en cuanto a los conceptos dados por la Escuela Clásica, sucediendo a esta norma, expedido es el código de 1906, promulgado durante la segunda presidencia del General Eloy Alfaro, suprimiendo de normas anteriores la pena de muerte y los delitos contra la religión. Sin embargo el Dr. Ernesto Albán no detalla mayores cambios en cuanto a la parte general y principios de la ley penal.¹³⁰

¹²⁸ Cfr. Ibíd. p. 757.

¹²⁹ “El Ecuador desde su época republicana ha promulgado cinco Códigos Penales. El Código vigente no constituye realmente una “nueva concepción penal”, sino que es una codificación más. Nuestro Código Penal tiene una fuerte influencia del Código italiano de 1930 (conocido como Código Rocco), argentino de 1922, belga de 1867 y –éste a su vez– del francés de 1810 (Código napoleónico). En suma, tenemos un Código de hace dos siglos y con una influencia trágica del siglo XX, que es la Ley penal del fascismo italiano. A la codificación de 1971 hay que agregarle, desde la reforma de octubre de 1971 hasta la producida en abril del 2009, cuarenta y cuatro reformas. Si a esto le sumamos las doscientas treinta normas no penales que tipifican acciones, no podremos dudar que tenemos un Código antiguo, incompleto, disperso y retocado”. AVILA. Ramiro. Anteproyecto del Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del Derecho Penal. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito- Ecuador. 2009. P.41

¹³⁰ Cfr. ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Op. Cit.. p. 67

Finalmente fue expedido durante la Dictadura del general Alberto Enríquez Gallo, el código penal que a pesar de las 44 reformas a las que se ha visto sometido, no ha sido mayormente modificado en su parte general, es decir en su médula, donde partirán sus principios generales, como son la relación de causalidad y la tipicidad, pues ha mantenido en su esencia los lineamientos de la Escuela Clásica, con gran influencia del Código Rocco italiano de 1930, creado por la Escuela Técnico Jurídico, cuyo origen tiene la lucha teórica encarnizada entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva, teniendo como fin enmarcar al derecho penal en un sistema de principios, de normas propias; es decir de su propia teoría desde un punto de vista jurídico, encontrando como su fuente al derecho positivo y teniendo como principal objetivo el facilitar el tema de la administración de justicia que en otras ramas del derecho ya se había manejado de mejor manera que con el derecho penal.¹³¹

2.1.2 La acción y la relación de causalidad

2.1.2.1 Introducción

Si pasamos una revista a nuestro Código penal, nos daremos cuenta de que existen dentro del mismo elementos esenciales del esquema clásico del delito, en lo que tiene que ver con el acto; por supuesto con innegables influencias del esquema neoclásico del delito aportado por la Escuela Neokantiana, específicamente en lo referente a la preterintención, como veremos a continuación.

2.1.2.2 Desarrollo de la doctrina en relación al Código Penal

Como dijimos en líneas anteriores, el Código Penal ecuatoriano recoge postulaciones propias de la Escuela Clásica las que ahora serán descritas en una relación entre doctrina y ley. Para ello, es preciso remitirnos a uno de sus mayores expositores el jurista alemán, Franz Von Liszt, quien por su parte, definió a la acción: *“como la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo exterior”*¹³².

¹³¹ Cfr. SÁNCHEZ Ostiz, Pablo. Arturo Rocco. www.unav.es/derecho/biblioteca.../pso_ju_arturo_rocco.pdf, p. 2. Acceso: 19 de septiembre de 2010, 21h00.

¹³² VON LISZT. Franz. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit. p. 365.

Ahora, una vez dado el concepto de acción, vale que analicemos los elementos del mismo, entre los que están: a) la manifestación de voluntad; b) El resultado o manifestación en el mundo exterior y c) la relación de causalidad, los cuales serán descritos a continuación, a través del conocido ejemplo del cazador, dentro del que se toma en cuenta a “un sujeto que dispara en el bosque un arma de fuego, y como consecuencia de su acción muere un campesino que andaba recogiendo bejucos”.¹³³

a) Manifestación de la voluntad

Partiendo de la idea descrita por Von Liszt, el acto es una manifestación de voluntad; es decir, toda conducta voluntaria determinada por las representaciones, libre de violencia física o psicológica, que consiste en una acción u omisión de un movimiento del cuerpo.¹³⁴

No existe acto consiguientemente cuando se produce un resultado producto de un ataque de epilepsia, desvanecimiento o fuerza irresistible¹³⁵. De esta manera podemos ver que este caso: “la voluntariedad exigida aquí no tiene nada que ver con el “libre albedrío”.¹³⁶ Así lo ha recogido la ley ecuatoriana pues el Art. 18 del Código Penal, que prescribe lo siguiente:

*Art. 18.- No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.*¹³⁷

El acto por lo tanto, dentro de esta concepción, significa básicamente, impulso de la voluntad, pudiendo definirla físicamente como inervación, y psicológicamente como “aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas”.¹³⁸

¹³³ AGUDELO. Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. P. 25.

¹³⁴ VON LISZT. Franz. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit. p. 365.

¹³⁵ Cfr. Id.

¹³⁶ Id.

¹³⁷ Código Penal Ecuatoriano.

¹³⁸ Cfr. VON LISZT. Franz. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit. p. 366.

En relación al ejemplo del cazador, si el disparo hubiera sido realizado como consecuencia de un ataque epiléptico, o ante el caso de un tercero que lo hubiera utilizado como un instrumento, (dominando físicamente cada uno de sus actos) no existe acto por falta de manifestación de voluntad. Es decir, si el cazador no estaba dominado de manera absoluta, o no se encontraba en estado de inconsciencia, habría acción.¹³⁹

b) El resultado o manifestación en el mundo exterior

Sobre la manifestación en el mundo exterior, acorde a lo dicho por Von Liszt, la voluntad debe manifestarse en un cambio en el mundo exterior. Es decir debe ser perceptible para todos los sentidos. Por lo tanto: a) todo delito necesita un resultado; b) toda transformación lleva una transformación, resultando necesario diferenciar entre el resultado próximo del remoto; c) en el resultado también está la clave para comprender al peligro que también es en sí mismo otro resultado,¹⁴⁰ siendo el peligro: *“el estado en que, bajo determinadas circunstancias, percibidas por todos o solamente conocidas por el autor en el momento de la manifestación de voluntad, se da la posibilidad inmediata de que resultara una infracción”*¹⁴¹

En relación al ejemplo del cazador, si se quiere hablar de un acto de homicidio, claramente debe existir el resultado que sería la muerte del campesino que recogía los bejucos.

c) La relación de causalidad

A los dos elementos antes enunciados vale agregar la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado, debiendo darse esta relación objetivamente “cuando el resultado es causado o no impedido (en contra de un deber) por la manifestación de voluntad. Es decir, cuando entre ésta y aquel existe una conexión causal”,¹⁴² lo cual conjuga perfectamente con lo señalado por el Art. 11 del Código Penal ecuatoriano, norma que prescribe que:

¹³⁹ Cfr. AGUDELO. Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. P. 27

¹⁴⁰ Cfr. Ibíd. 366-367

¹⁴¹ Cfr. Ibíd.p 367.

¹⁴² Id.

Art. 11.- Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.

En relación al ejemplo base, existirá relación de causalidad, si la muerte del campesino ocurre a causa del disparo del cazador; no obstante deberán tomarse otras consideraciones mucho más profundas y para ello recurriré a la teoría de la equivalencia de condiciones, cuyos postulados son los que acoge el sistema clásico del delito para resolver el problema de la relación de causalidad, como veremos a continuación.

2.1.2.3 La teoría de la equivalencia de condiciones

Continuando con el estudio de la relación de causalidad dentro del esquema clásico, es preciso manifestar que la teoría que dentro de este se ha impuesto, es la teoría de la condición *sine qua non*. La cual sostiene que: *“existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquel; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido”*.¹⁴³ Esto quiere decir que se identifican la causación y la provocación, la causa y la condición; siendo suficiente la producción de un resultado, para la existencia del acto.¹⁴⁴

En cuanto al ejemplo base¹⁴⁵, existirá relación de causalidad bajo la teoría de la equivalencia de condiciones si: se postula que sin el disparo realizado jamás hubiera ocurrido la muerte del campesino, sin importar las causas posteriores, que podrían ser entre otras: la falta de atención médica oportuna a la víctima, u otro

¹⁴³ Ibíd. p. 368.

¹⁴⁴ Cfr. Id.

¹⁴⁵ A fin de mejorar la comprensión, añadiré otro ejemplo claro de la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones: “si A hiere mortalmente a B, patrón de una lancha; pero éste se ahoga antes de que la herida haya producido la muerte, porque la barca naufraga por un golpe de viento inesperado, entonces falta la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad de A y el resultado producido, y A sólo puede ser condenado por tentativa de homicidio. Por el contrario, si la serie causal que parece nueva ha sido provocada por la primera manifestación de voluntad... y sólo ha motivado el resultado en concurrencia con la primera manifestación de voluntad, entonces existe relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado producido. Cuando el marinero herido es colocado, precisamente a causa de la herida, en la imposibilidad de gobernar las velas, siendo ésta la causa de que se produjera el naufragio de la lancha, entonces A causó la muerte de B por ahogamiento.” JIMÉNEZ DE ASUA. Luis. Lecciones de Derecho Penal. Op. Cit. p. 147.

accidente que sufra posteriormente como consecuencia de la herida de bala que ha sufrido.

Vale además agregar que no importaría si el cazador hubiera querido o no la muerte del campesino, o si previó o no que su acción iba a producir una lesión. Pues este es un tema, que dentro del esquema clásico, interesa únicamente dentro de la culpabilidad.

2.1.2.4 La voluntad de acción como voluntariedad

Ya que han sido revisados los elementos de la acción dentro del esquema clásico, me he permitido añadir este subcapítulo, dentro del cual trato de explicar, como es que dentro del esquema clásico, la voluntad es tomada simplemente como una voluntariedad y como se manifiesta este concepto dentro de nuestro código sustantivo penal. A lo cual debo señalar que este cuerpo legal antes nombrado, al tomar el concepto de acción de forma desvalorada como una simple enervación muscular deja entrever la importancia de la simple voluntariedad de la conducta, pues no interesa si el agente quiso o no quiso la acción, basta que haya efectuado un movimiento corporal con dominio de su cuerpo, acompañado de un mínimo de actividad psíquica para que exista la acción¹⁴⁶; lo que queda plasmado como se puede ver en el primer inciso del Art. 13 del Código Penal, que dice lo siguiente:

Art. 13.- El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.¹⁴⁷

Esta norma, vale decir, para su precisa interpretación debe ser conjugada con las normas que nos ofrecen los incisos: segundo, tercero y cuarto del Art. 13 del Código Penal Ecuatoriano, las mismas que a continuación pongo en consideración:

¹⁴⁶ Cfr. AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. pp. 25-26.

¹⁴⁷ Código Penal ecuatoriano.

Art. 13.- El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.

En caso de concurrir con el acto punible causas preexistentes, simultáneas o supervinientes, independientes de la voluntad del autor, se observarán las reglas que siguen:

Si el acontecimiento, que no estuvo en la intención del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o más de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional.

Si el acontecimiento se verifica como resultado de una o más de dichas causas, sin sumarse al acto punible, no será responsable el autor sino de la infracción constituida por el acto mismo.¹⁴⁸

Ante esta causalidad tan poco limitada, se trató de dar bajo el mismo esquema, un marco, que la restrinja de cierta manera, como veremos en el siguiente subtema.

2.1.4.5 Delitos calificados por el resultado

Según el Dr. Sergio Medina Peñaloza, a esta causalidad tan abierta se la trató de restringir por medio de la existencia de los delitos calificados por el resultado¹⁴⁹, señalando que no toda causa es relevante desde el punto de vista

¹⁴⁸ Código Penal ecuatoriano.

¹⁴⁹ *Existen casos en que entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo se da la perfecta coincidencia por la que esta clase de tipos en general se las llama “tipos congruentes”. El agente quiere matar, y mata. La coincidencia entre el elemento subjetivo. La intención de matar y el resultado objetivo: muerte de la persona, se ha establecido de manera perfecta por lo que el tipo descrito en el Art. 449 se ha cumplido en realidad. Pero no siempre tal coincidencia se realiza de manera tan perfecta y pacífica. En otras ocasiones el agente quiere lesionar y provoca la muerte. En este caso no existe la coincidencia entre el tipo subjetivo y el objetivo, pues el segundo – el objetivo—sobrepasa el querer del agente, cuya intención se quedó corta frente al resultado. Esta clase de tipos en que el tipo objetivo rebasa al subjetivo es lo que se conoce en la doctrina con el nombre de “tipos incongruentes”. Finalmente existen otros caso en el que el tipo subjetivo rebasa al tipo objetivo, el mismo que se queda corto frente a la intención del agente, tal es el caso de la tentativa, en la cual el agente quiere un resultado real, como por ejemplo, matar, y sólo logra lesionar. Es indudable que la intención sobrepasó al resultado. Esta clase de tipos es lo que se llaman “tipos faltos de congruencia”. De los tres tipos antes indicados sólo nos interesa, para los efectos del estudio que estamos haciendo, el segundo, es decir, los tipos incongruentes. Dentro de ellos se consideran los delitos preterintencionales, esto es, aquellos en los que la intención del agente fue superado por el resultado producido. Esta clase de tipos constituyen una especie de los delitos llamadas “calificados por el resultado” (...) De lo expuesto entonces, podemos obtener una primera conclusión: los delitos calificados por el resultado pueden tener en su arranque inicial un hecho doloso, o un hecho culposos, es decir, puede existir en el hecho base intención o puede existir imprudencia. Es esta característica subjetiva lo que diferencia a los indicados delitos calificados por el resultado... los cuales*

jurídico y más aún para que una condición tenga tal relación es necesario que el resultado producido por ella sea adecuado. Es decir, que tenga que ver con circunstancias generalmente favorecedoras del resultado delictivo; pudiendo analizar a la causa adecuada bajo tres órdenes: a) fijando una base, en otras palabras los antecedentes del resultado que deberán tomarse en consideración, pudiendo ser los existentes los conocidos por el sujeto o los conocidos por un sujeto medio; b) fijada la base se debe establecer el criterio de adecuación previsible para el sujeto actuante, para el tercero y finalmente para el juez; c) el último punto por su parte consistirá en considerar el momento en que coinciden la base y el criterio de adecuación.¹⁵⁰

Más allá de todo lo dicho y de todos los intentos por restringir y regular a la relación de causalidad, me parece que se ha puesto de manifiesto la confusión que nos deja el Código Penal ecuatoriano, pues como señala el profesor Luis Jiménez de Asúa:

*Los Códigos del Uruguay (art. 3), de El Ecuador (art. 12) y del Brasil (art. 11) han seguido al Código italiano¹⁵¹ aunque con disposiciones distintas en su infructuoso intento de resolver legislativamente el arduo problema de la relación de causalidad.*¹⁵²

2.1.4.5.1 Un ejemplo del Código Penal

Una vez que han sido explicados estos conceptos, para clarificar el tema, a continuación procederé a dar un ejemplo de este tipo de delitos y al efecto he escogido la infracción tipificada en el Art. 455 del Código Penal, que prescribe:

*Art. 455.- Cuando las heridas, o golpes, dados voluntariamente, pero sin intención de dar la muerte, la han causado, el delincuente será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. Será reprimido con reclusión menor de seis a nueve años, si ha cometido estos actos de violencia con alguna de las circunstancias detalladas en el artículo 450.*¹⁵³

tienen común el hecho de que el resultado es siempre más grave, sea que se lo propuso el agente cuando el hecho base es doloso; sea del que se propuso el agente cuando el hecho base es doloso. ZAVALA BAQUERIZO. Jorge. Delitos contra la Propiedad Tomo I. Editorial Edino. Guayaquil- Ecuador. 1988. P. 194.

¹⁵⁰ MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 108- 109.

¹⁵¹ Que recoge la teoría de la equivalencia de condiciones. JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. Lecciones de Derecho Penal. Op. Cit. p. 153.

¹⁵² Id.

¹⁵³ Código Penal ecuatoriano.

Norma de la cual podemos afirmar que el querer inicial termina superado por el resultado material producido, pues claramente la intención del agente era causar un resultado dañoso, que serían las heridas o golpes. Sin embargo no tuvo previsto el resultado más grave de su acción, que resultaría ser la muerte de la persona, o en su caso previéndolo, confió en que no se produzca.¹⁵⁴

Aplicando estos conceptos y normas al ejemplo base, podemos decir que aunque nuestro cazador dispare al campesino con la única intención de sustraerse sus posesiones, en el caso en que se produzca la muerte de la víctima, el cazador tendrá que responder no solamente por las heridas producidas y la sustracción de los bienes del campesino, pues adicionalmente debe hacerlo por la muerte inesperada que ha producido su acción.

2.1.4.7 Crítica a este concepto de acción causal en base al esquema finalista

Como se ha podido ver, el concepto causal de acción estaba dividido en dos partes: el proceso causal externo de carácter objetivo, y por otro lado el contenido de la voluntad, meramente subjetivo, siendo la acción únicamente el proceso causal que es originado por la voluntad. Lo que satisfacía perfectamente la separación exigida entre la antijuridicidad y culpabilidad, pues la antijuridicidad era objetiva, mientras que dentro de la culpabilidad se analizaba lo subjetivo.¹⁵⁵

Sin embargo, esto fue superado con el descubrimiento de los elementos subjetivos de la antijuridicidad y con el reconocimiento de que en la tentativa el dolo es un elemento subjetivo del injusto, lo que ya no permitía esa diferenciación antes mencionada entre lo antijurídico y la culpabilidad dentro del delito. Inclusive ratificado esto, la culpabilidad ya no tendría su fundamento en la relación anímica, sino en el “poder en lugar de ello”, respecto a una conducta antijurídica que fundamenta esa reprochabilidad. Además de que en cuanto a la culpa, esta ya no

¹⁵⁴ Cfr. ZAVALA BAQUERIZO. Jorge. Delitos contra la Propiedad Tomo I. Op. Cit. p. 199.

¹⁵⁵ Cfr. WELZEL. Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Op. Cit. pp. 46-47..

radica en la mera causación de un resultado, sino en la afectación objetiva del cuidado que produce tal resultado.¹⁵⁶

Así lo resume Hans Welzel al manifestar que:

El error fundamental de la teoría causal de la acción consiste en que no sólo desconoce la función constitutiva, por antonomasia de la voluntad rectora respecto de la acción, sino que incluso la destruye y convierte en un mero proceso causal desencadenado por un acto de voluntad cualquiera ("acto de voluntariedad"). El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto de voluntad y que dirige, conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el proceso del acontecer externo, se convierte en un mero "reflejo" del fenómeno causal externo en el alma del actor (Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950), p. 27). Con ello la doctrina de la acción causal pone decididamente de cabeza la relación entre la voluntad y la acción. Esto se advierte con una suma claridad en la tentativa. Ya en la determinación del concepto de la tentativa fracasa la teoría causal de la acción: la tentativa no es un mero proceso causal al que falta el efecto sino una acción que apunta a un resultado propuesto, luego una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo. ¿Cómo podría definirse de otro modo una tentativa de homicidio sino como una acción mediante la cual el autor pretende la muerte de un hombre? En nada puede variar la función de la voluntad en la acción si el acto de dirección de la acción externa por parte de la voluntad conduce al resultado. Empero si el contenido de la voluntad es una parte integrante necesaria de la acción en la tentativa, lo seguirá siendo si el resultado se produce. Ante esto, fracasa toda interpretación causal de la acción.¹⁵⁷

2.2 El tipo meramente objetivo y su falta de consistencia

2.2.1 El tipo causal

Cuando nos referimos al concepto de tipicidad, aducimos que la conducta típica reúne las condiciones exigidas por un tipo, lo que nos permite concluir que la teoría de la tipicidad se reduce a una Teoría del Tipo. Etimológicamente tipicidad proviene del sustantivo tipo derivado del vocablo latín typus, que significa símbolo representativo de una cosa figurada. El tipo en el sentido de la Teoría General del Derecho es el conjunto de presupuestos de una consecuencia jurídica. Para el sistema causalista, el Derecho Penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización, concreción y fije del acto humano (conducta o comportamiento

¹⁵⁶ Cfr. Ibíd. p. 47.

¹⁵⁷ Ibíd. p. 48.

*descrito por la ley), que se desarrolla en el exterior, a cuya realización va ligada la sanción; consecuentemente, la manifestación de tal rama jurídica es el delito, erigido como la realidad jurídico- penal que precisa de ciertos elementos que adelante se desarrollarán.*¹⁵⁸

Es preciso añadir que el tipo en este esquema clásico, es parte del aspecto objetivo del delito, siendo meramente la descripción externa del comportamiento; así lo afirma Beling quien dice que: “El tipo de delito no es otra cosa que una descripción objetiva. Para que el tipo exista, es suficiente que la acción se presente como típica, como la “muerte de un hombre””¹⁵⁹

2.2.2 Elementos de la tipicidad causal

Detallado que ha sido de manera general el tipo causal, procederé ahora describir cada uno de los elementos del tipo causal. Para lo cual debemos recordar que según la Escuela Clásica el tipo penal es exclusivamente una descripción de la parte objetiva del acto humano, que ha sido expresado en el mundo exterior¹⁶⁰, comprendiendo los siguientes elementos:

- Núcleo: elemento central del tipo penal, que determina la acción u omisión que ejecuta el agente, el cual usualmente suele establecerse en la ley mediante un verbo en infinitivo, por ejemplo: matar, abusar, sustraer, distraer, etc; pero también puede establecer el legislador el núcleo por medio de expresiones como: acceso carnal, faltar a la verdad, etc.¹⁶¹
- El sujeto activo: que es aquel que ejecuta la acción descrita por el núcleo, del cual se puede decir que normalmente no se exige que tenga alguna calidad especial, a excepción de algunos delitos en los que se requiere que sea funcionario público como en el caso del

¹⁵⁸ MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 114-115.

¹⁵⁹ BELING en AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. p. 29.

¹⁶⁰ MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 114-115.

¹⁶¹ Cfr. ALBÁN. Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 151.

peculado, juez en el caso del prevaricato, padre u hermano en el caso de un parricidio, agente de la aduana en un delito fiscal, etc.¹⁶².

- Sujeto pasivo: quien es la víctima de la infracción, la cual en ciertos delitos también debe reunir ciertas calidades ser Presidente de la República en un caso de magnicidio, ser menor de edad en caso de violación calificada, etc.¹⁶³
- Objeto Material: es aquel objeto sobre el cual recae la acción u omisión, lo cual no debe confundirse con el bien jurídico, pues constituye por ejemplo, la cosa ajena en el caso del hurto, o el derecho real en el caso de una usurpación¹⁶⁴.
- Medios: entre los cuales nuestro Código Sustantivo Penal nombra, la violencia sobre las personas en el caso de un robo, el ardid en el caso de una estafa, o la seducción en el caso de un estupro¹⁶⁵.
- Modalidades de tiempo, lugar y espacio: circunstancias que deben cumplirse para que haya tipicidad, como por ejemplo: tiempo de guerra para la traición, caminos público y noche en el caso del robo.¹⁶⁶
- *Bien jurídico protegido: “el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Así entonces, el tipo penal se debe entender como un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, por tanto, el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos.”*¹⁶⁷

Ante lo que es preciso acotar nuevamente que el concepto causalista del tipo sólo tiene elementos descriptivo-objetivos, pues no incluye elementos subjetivos ni normativos; constituyéndose únicamente en una mera descripción sin elementos valorativos, la misma que no involucra la relación interna (dolo o culpa) existente entre el agente con su conducta.¹⁶⁸

¹⁶² Cfr. Id.

¹⁶³ Cfr. Ibíd. pp. 151-152.

¹⁶⁴ Cfr. Ibíd. p. 152.

¹⁶⁵ Cfr. Id.

¹⁶⁶ Cfr. Ibíd. p. 153.

¹⁶⁷ ZAMORA, Arturo. “Bien Jurídico y consentimiento en el derecho penal”. <http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos6/bien%20juridico.pdf>. Acceso: 27 de septiembre de 2011, las 22h36.

¹⁶⁸ Cfr. MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 116.

Ahora, una vez que han sido descritos los conceptos, volvamos al ejemplo del cazador e imaginemos que el mismo, acompañado de una cuadrilla de bandidos (todos armados con palos y piedras), se acerca al predio que se encontraban poseyendo el campesino y su familia e ingresa a este inmueble de manera violenta, para luego desalojar a sus habitantes, mediante el uso de golpes de palo y piedra, logrando finalmente sacar al campesino y su familia del predio, posesionándose de este consiguientemente el cazador y su cuadrilla; configurándose por lo tanto el delito de usurpación¹⁶⁹, bajo los siguientes elementos: a) núcleo del tipo: despojar; b) sujeto activo: el cazador y su cuadrilla; c) sujeto pasivo: el campesino y su familia; d) modalidades de tiempo, lugar, etc: sobre este elemento el delito de usurpación no requiere algún requisito en específico; e) objeto material: la posesión del predio; f) bien jurídico protegido: el derecho a la propiedad; g) medios: en este caso la violencia, mediante el uso de palos y piedras.

2.2.3 Inconsistencias del tipo causal

Después de haber realizado una crítica al concepto causal de la acción y una revisión del tipo, es preciso acotar un razonamiento sobre las inconsistencias que plantea este tipo penal causal; del cual se puede decir que a raíz de la teoría final de la acción, se dio aceptación al concepto personal de lo injusto, lo que produjo un giro fundamental en el contenido del tipo, pues la tipicidad ya no se configurará únicamente con el cumplimiento de los elementos objetivos correspondientes, sino que también debe incluirse dentro del análisis, al aspecto subjetivo del acto, trasladando a elementos como el dolo y la culpa, desde la culpabilidad hacia la tipicidad.¹⁷⁰

Esto en razón de que la norma jurídica no puede ser entendida únicamente como norma de valoración, desprovista de un carácter motivador.¹⁷¹

¹⁶⁹ Art. 580 del Código Penal.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1. El que por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia de bien inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble. Código Penal ecuatoriano.

¹⁷⁰ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo II Teoría General del Delito- I. Op. Cit. p. 370-371..

¹⁷¹ Cfr. Ibíd. p. 373.

Agregando además que en los tipos penales es innegable la existencia de elementos que permiten una valoración por parte del juzgador, encontrando dentro de la tipicidad objetiva a elementos descriptivos y valorativos; y dentro de la tipicidad subjetiva a elementos como las tendencias o motivaciones del agente. Conceptos que podemos encontrar desarrollados por Edgardo Alberto Donna, quien bajo la concepción finalista, describe a los elementos del tipo penal de la siguiente manera:

Elementos objetivos

- *Elementos descriptivos: que son aquellos que se refieren a seres, objetos o actos que pueden ser percibidos por los sentidos, sin necesidad de una valoración especial. En palabras de Polaino Navarrete, “son aquellos elementos del tipo susceptibles de ser estimados espacial y temporalmente en cuanto perceptibles por los sentidos, correspondiendo su apreciación al juez por medio de una simple actividad de conocimiento referida a la constatación de determinadas manifestaciones sensorialmente perceptibles al mundo externo”.¹⁷² Ejemplo de esto puede ser la expresión “otro”, cuando se refiere a una persona viva y nacida.¹⁷³*
- *Elementos normativos: que son aquellos que no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, sino que suponen una valoración especial, que puede ser de tipo jurídico, social o cultural. El juez se debe remitir a normas y patrones valorativos extraños al tipo penal, como disposiciones o regulaciones pertenecientes a otros sectores del orden jurídico, o simplemente valoraciones que tienen que ver con la ética social o los usos y costumbres. En nuestro sistema, como ejemplos de elementos normativos del tipo, pueden mencionarse “cosa mueble” en el hurto (...), “funcionario público” en los delitos contra la administración pública, (...) “testigo, perito o intérprete” en el falso testimonio.¹⁷⁴*
- *Los llamados elementos de valoración global del hecho: se trata de elementos que implican un verdadero “anticipo” de antijuridicidad, pero que se encuentran incluidos en el tipo objetivo correspondiente. La concurrencia de estos elementos implica, en los hechos, que la conducta ya no se encuentra justificada. Como ejemplos de tipos con elementos de valoración global cabe mencionar entre otros a la privación ilegal de la libertad; (...) que castiga al que “ilegalmente” privare a otro*

¹⁷² Ibíd. p. 407.

¹⁷³ Cfr. Ibíd. p. 408

¹⁷⁴ Ibíd. p. 407.

de su libertad; al hurto (...) donde se exige que el apoderamiento de la cosa sea ilegítimo”.¹⁷⁵

Elementos subjetivos:

- *Elementos puramente subjetivos: que son las tendencias específicas que subyacen a las acciones del autor. A este grupo pertenecen (como “delitos de tendencia) numerosos tipos de delitos sexuales, pero también acciones en provecho propio (como la rufianería) y actos caracterizados por la profesionalidad del actuar (por ej., el encubrimiento profesional) (...) Afirman Maurach y Zipf que “En muchos casos, el concepto de intención describe elementos puramente subjetivos, que no requieren una correspondencia en el tipo objetivo, como, por ejemplo, la intención de apropiación en el robo y en el hurto; la de enriquecimiento ilícito en los casos de extorsión y estafa...”*¹⁷⁶
- *También señalan Maurach y Zipf que “pertenecen (...) al tipo subjetivo los motivos del autor. La delimitación entre motivos e intenciones (el motivo impulsa, la intención atrae; para la distinción entre dolo, intención y móvil (...) no siempre es clara, tal como ocurre con el homicidio por deseo asesino para satisfacción del instinto sexual, por avaricia o por otros móviles bajos”.*¹⁷⁷
- *“Un tercer grupo es considerado por los autores como elementos objetivos (del tipo subjetivo): por ejemplo la comisión cruel y alevosa, en el (...) ataque artero, (...) el grosero descuido. “En estos casos consideran Maurach y Zipf, “la congruencia del dolo es necesaria y también suficiente, de tal modo que cabé aquí hablar propiamente de dolo calificado. Al contrario, tales conceptos suelen ser interpretados frecuentemente como elementos de ánimo; pero , como al mismo tiempo se recalca que el ánimo se determina a partir del hecho y no precisa ser una cualidad general del autor, la diferencia frente a la concepción del texto es preponderantemente de naturaleza terminológica.”*¹⁷⁸

2.3 La antijuridicidad

A fin de comprender el subcapítulo que vamos ahora a revisar a continuación, es preciso devolverse a lo ya expresado en el capítulo primero de esta disertación, dentro de lo descrito en el punto 1.1.1, sobre la antijuridicidad en el esquema clásico, dentro del que se dejó claro, que este elemento del delito

¹⁷⁵ Ibíd. p. 409-410.

¹⁷⁶ Ibíd. p. 623.

¹⁷⁷ Ibíd. p. 624

¹⁷⁸ Id.

tendrá, dentro de esta concepción, ciertamente una valoración, pero esta será puramente objetiva, es decir no se considera ningún elemento subjetivo, por lo que fácilmente podría definírsela como la falta de permiso para actuar.¹⁷⁹

Imaginemos ahora que nuestro cazador recibe un ataque del campesino, quien se muestra amenazante y con disposición de quitarle la vida, pues le apunta a la cabeza con una escopeta de perdigones, reaccionando ante esto el cazador con un movimiento rápido, sacando de su cinturón un cuchillo de 20cm, instrumento del que se sirve para evitar la pérdida de su vida, al clavarlo en el estómago del campesino, quien cae muerto. Del ejemplo mencionado, se configura la causa de justificación, legítima defensa, la misma que se cumple simplemente con la verificación de sus elementos objetivos, sin que tenga que considerarse si el agente tuvo o no la intención de actuar bajo esta eximente; esto en relación a la teoría, pues de la redacción de nuestro código penal podemos interpretar algo diferente como veremos en las líneas siguientes.

2.3.1 Las causas de justificación en el Código Penal ecuatoriano

2.3.1.1 Introducción

Acerca de este tema se ha pronunciado el Dr. Ernesto Albán, quien acerca del fundamento de la antijuridicidad y de las causas de justificación afirma en su obra lo siguiente:

La razón de ser de las causas de justificación se encuentra en el carácter valorativo del Derecho Penal. Si el delito consiste en la lesión de un bien jurídicamente protegido, la causa de justificación surge cuando ese bien jurídico entra en colisión con otro bien jurídico. En ese evento el Derecho considerando que hay un interés preponderante que debe prevalecer, deja de proteger a uno de tales bienes en protección del otro bien jurídico. Si se toma en cuenta la gravedad de tales situaciones (la desprotección de un bien jurídico), se entenderá claramente que estas situaciones son excepcionales y se producen fundamental y únicamente cuando el orden jurídico autoriza y aún ordena realizar determinadas conductas que lesionan ciertos intereses. La consecuencia es obvia: si el propio ordenamiento jurídico autoriza u ordena tales conductas no puede, al mismo tiempo, sancionarlas. Por ejemplo el orden jurídico reconoce el derecho de una persona a defenderse de una agresión, causando

¹⁷⁹ Cfr. MEDINA. Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. Op. Cit. p. 117.

*inclusive la muerte del agresor, esto significa que el matar a otro, aunque sea un acto típico, es en este caso un acto ilegítimo, conforme a derecho. O si la ley ordena que bajo ciertos presupuestos se allane el domicilio de un habitante para detener a una persona, ni el juez que ordenó el allanamiento, ni el policía que lo realizó, cometen delito alguno. Al contrario están procediendo conforme a derecho. Las causas de justificación han sido estudiadas ampliamente por la doctrina y son conocidas desde épocas muy antiguas. Tradicionalmente son consideradas como tales: **la legítima defensa, el estado de necesidad, el mandato de una ley y la orden de autoridad u obediencia debida**. Además debe agregarse aunque con limitaciones y debates, el consentimiento del titular del derecho lesionado.*¹⁸⁰

2.3.1.2 Una mirada individual a las causas de justificación

2.3.1.2.1 La legítima defensa

Acerca de la legítima defensa nuestro Código Penal prescribe lo siguiente:

*Art. 19.- No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.*¹⁸¹

2.3.1.2.1.1 Fundamento

*(...)Nuestro Código sigue en esto la tradición más común, italiana y española, de exigir tres requisitos para que pueda darse esta causa de justificación. Así lo establece el Art. 19, cuando señala que para que haya legítima defensa debe haber: a) Agresión actual e ilegítima; b) Necesidad racional de los medios empleados para repeler dicha agresión; c) Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.*¹⁸²

2.3.1.2.2 El estado de necesidad

Este punto de debate será tratado en líneas posteriores

¹⁸⁰ Cfr. ALBÁN. Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 151.

¹⁸¹ Código penal ecuatoriano.

¹⁸² ALBÁN. Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 158.

2.3.1.2.3 El mandato de la ley

Esta causa de justificación se encuentra recogida en nuestro Código Penal, en su Art. 18, el mismo que prescribe lo siguiente:

*Art. 18.- No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley (el resaltado me pertenece), o determinado por resolución definitiva de autoridad competente o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.*¹⁸³

2.3.1.2.3.1 Fundamento

La razón evidente para que se considere al mandamiento de ley como causa de justificación, radica en que si un acto está ordenado o permitido por la ley no puede ser al mismo tiempo sancionado por ella. A su vez también presenta una colisión de intereses, que se resuelve a favor de lo dispuesto legalmente.¹⁸⁴

En la conducta acorde a la ley además, podemos distinguir dos grupos: a) el cumplimiento del deber y b) el ejercicio de un derecho. El cumplimiento del deber se refiere a casos en que la ley requiere una conducta determinada y en el caso del ejercicio de un derecho permite determinadas conductas por reconocer derecho, autoridad, oficio o cargo que facultan para ellas.¹⁸⁵

Para clarificar los ejemplos sentados, imaginemos el caso de un sujeto que es llamado a declarar como testigo ante uno de los Tribunales Penales de Pichincha y en base a lo cual de conformidad con el Código de Procedimiento Penal¹⁸⁶ tiene la obligación de presentarse y declarar la verdad sobre los hechos que conozca y si al hacerlo revela hechos que menoscaban el honor de otra persona, no incurre en responsabilidad penal, constituyendo este un caso de

¹⁸³ Código Penal ecuatoriano.

¹⁸⁴ Cfr. ALBÁN. Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 177.

¹⁸⁵ Cfr. NOVOA Monreal. Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno Segunda Edición Tomo I. Editorial Jurídica Ediar- Conosur Ltda. Santiago de Chile- Chile- 1985. p. 416

¹⁸⁶ Art. 129 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano: Están obligados a comparecer personalmente a rendir su testimonio todas las personas que conozcan de la comisión de la infracción. La fiscal o el fiscal, la Jueza o el Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales pueden hacer uso de la fuerza pública para la comparecencia del testigo que no cumple esta obligación.

cumplimiento del deber.¹⁸⁷ Ahora en cuanto al ejercicio de un derecho, llevemos nuestra imaginación hacia un padre de familia quien ejerciendo su facultad y calidad de padre, castiga moderadamente a su hijo¹⁸⁸, no pudiendo este último argumentar que ha sido víctima de lesiones, injurias y amenazas, siempre y cuando estas se ajusten a la exigen de moderación que exige la ley civil.¹⁸⁹

2.3.1.2.4 La obediencia debida

Acerca de esto nuestro Código Penal prescribe:

*Art. 18.- No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley o **determinado por resolución definitiva de autoridad competente** (el resaltado me pertenece) o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.*

2.3.1.2.4.1 Fundamento

*Para buena parte de la doctrina, la orden de la autoridad no es sino una manifestación específica de la causa anterior, es decir del mandato de ley. Así mientras con esta situación queda justificada la conducta de quienes se amparan en las disposiciones de la ley para realizar determinados actos, la orden de autoridad se refiere a quienes reciben órdenes emanadas en conformidad con la ley, y en cumplimiento de esas órdenes, lesionan un determinado bien. De todas maneras, el Art.18 del Código se refiere expresamente a las dos situaciones y luego de declarar que no hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley agrega que tampoco lo será **cuando el acto está determinado por resolución definitiva de la autoridad competente.***¹⁹⁰

2.3.1.3 Una mirada histórica que demuestra las inconsistencias esta antijuridicidad objetiva

Según Mir Puig la mentalidad positivista intentó imitar para el derecho penal, el modelo de las ciencias naturales, lo que derivó en la división del delito en

¹⁸⁷ Cfr. NOVOA Monreal. Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno Tomo I. Op. Cit. p. 416-417.

¹⁸⁸ Art. 218 del Código Civil ecuatoriano: El padre y la madre tienen el derecho y el deber de dirigir la educación de sus hijos; pero no podrán obligarlos a tomar estado o casarse contra su voluntad

¹⁸⁹ Cfr. Ibíd. p. 418

¹⁹⁰ ALBÁN. Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 178.

una parte objetiva y en otra subjetiva. Es decir en la parte objetiva que es la antijuridicidad y la subjetiva que era objeto de la culpabilidad. A lo que se debe agregar que el hecho antijurídico es descrito de una manera causal¹⁹¹ pues agrega:

Se parte del resultado lesivo y se exige únicamente que haya sido causado por un movimiento corporal de un hombre causado a su vez por un impulso voluntario (dejando fuera del hecho), sólo para poder culpar del mismo a su autor, la cuestión de si dicho impulso voluntario se dirigía conscientemente o no (dolo) a realizar el hecho. Si la antijuridicidad califica al hecho y este hecho se concebía como mero proceso causal, con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese solamente al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción.¹⁹²

Si bien es verdad que con las ideas del neokantismo se recuperó la dimensión valorativa de la acción, viéndola como un acontecimiento socialmente dañoso, bajo el principio de más provecho que daño, de todas maneras no se abandonó el punto de partida objetivista del positivismo. Pues la antijuridicidad se integraba solamente de elementos objetivos de la acción que siguió considerándose causalmente. Lo injusto se concebía como la infracción de la norma de valoración del objeto, diferenciándose de la culpabilidad a la cual estaba reservada el dolo y la culpa, como infracción de la norma de determinación dirigida a esa voluntad. Sin embargo a pesar de esto en determinados casos al tener a la antijuridicidad como juicio de desvalor, hizo que este elemento del delito dependiera de ciertos elementos subjetivos sin los cuales no podía ser desvalorado, lo que conllevaba a una contradicción pues como afirma Mir Puig¹⁹³:

“En primer lugar, no se avenía bien con el carácter objetivo del injusto la presencia en él de ciertos elementos subjetivos. En segundo lugar, no era coherente con la naturaleza valorativa de la antijuridicidad que está no requiriese ni dolo ni imprudencia (que no se exigían hasta la culpabilidad), pues ¿cómo es posible desvalorar un mero proceso causal no debido por lo menos a imprudencia es decir, prudente?”¹⁹⁴

¹⁹¹ Cfr. MIR PUIG en DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo III Teoría General del Delito- II. Op. Cit. p. 11.

¹⁹² Ibid. p. 12

¹⁹³ Cfr. Ibid. pp. 12-13.

¹⁹⁴ Ibid. p. 13.

Con Hans Welzel es que se amplían estas categorías y se da lugar fundamentalmente a subjetivizar el injusto, cuestión que además de ser coherente, demanda en las causas de justificación la existencia de un elemento subjetivo, que exige que el sujeto que se defiende tenga el conocimiento de la agresión y el deseo de defenderse.¹⁹⁵

Es así que incluso nuestro Código Penal, en atención a lo antes descrito dentro de este subtítulo, prescribe lo siguiente:

*Art. 19.- No comete infracción de ninguna clase el **que obra en defensa** (el resaltado me pertenece) necesaria de su persona, con tal de que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.*¹⁹⁶

Al respecto podemos agregar la posición del Dr. Ernesto Albán, quien afirma que dentro de los requisitos de la legítima defensa, debe existir el ánimo de defensa que ha sido reconocido doctrinariamente, aunque en nuestro código podría argumentarse que está implícitamente comprendido en el Art. 19 del mismo cuerpo legal.¹⁹⁷

2.4 La culpabilidad

2.4.1 Introducción

Dentro de este capítulo se pondrá en consideración del lector, la relación y vinculación que tiene el esquema clásico del delito, en nuestro Código sustantivo penal.

2.4.2 Concepto y fundamento de la Culpabilidad

Como dijimos y repetimos, la culpabilidad dentro del sistema clásico será su único elemento subjetivo, constituyendo un nexo psicológico entre el agente y el

¹⁹⁵ Cfr. Ibíd. pp. 13-14.

¹⁹⁶ Código penal ecuatoriano.

¹⁹⁷ Cfr. ALBÁN. Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 162.

hecho¹⁹⁸. Por ello señala Von Liszt que la culpabilidad: “es la relación subjetiva entre el acto y el autor”¹⁹⁹.

Además la Culpabilidad es una realidad psíquica, cuya existencia depende de que se dé un acto voluntario, que se manifiesta en forma de dolo o culpa, agotándose en estas dos formas antes indicadas; dolo y culpa serán la culpabilidad en sí misma, siendo a su vez grados de esta culpabilidad.²⁰⁰

2.4.3 El examen de la culpabilidad

Sobre el examen de la culpabilidad, debo decir que este se efectúa sobre la base de la teoría psicológica. Bajo la cual este examen se constituye en un análisis subjetivo sobre la atribución psicológica del acto a una persona, en la que se analiza su personalidad a través de su conciencia y voluntad.²⁰¹

Este concepto antes descrito podemos encontrarlo claramente dentro del Art. 32 de nuestro Código Penal que manifiesta:

“Art. 32.- Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.”²⁰²

Ahora bien en cuanto al método de este examen (que teóricamente ya fue descrito a cabalidad dentro del punto 1.1.3.2 de esta tesis); veremos como es que se encuentran claramente plasmados sus conceptos dentro de nuestro Código Penal; cumpliéndose lo previsto por su primer nivel que corresponde a la imputabilidad, y al segundo nivel que concierne a la forma de vinculación concreta con el acto, como será explicado a continuación.²⁰³

2.4.3.1 La imputabilidad

¹⁹⁸ Cfr. AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. p. 30

¹⁹⁹ VON LISZT, en Id.

²⁰⁰ Cfr. AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. p. 31

²⁰¹ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 184-185.

²⁰² Código Penal ecuatoriano.

²⁰³ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 184-185

Hablando más profundamente sobre el primer nivel del examen de culpabilidad, es decir el análisis de la imputabilidad, debemos señalar que esta es un presupuesto de la culpabilidad, que se constata comprobando la capacidad de entender y querer de la persona, partiendo de la posibilidad de la persona de elegir entre el cumplimiento de la ley o de determinarse hacia lo indebido, requiriendo para ello la conciencia y voluntad antes mencionadas²⁰⁴. En base a lo cual podemos afirmar que el inimputable es aquel que no posee estas capacidades, siendo estos los casos de: a) Minoría de Edad; b) sordomudez; c) perturbación mental absoluta ; d) trastorno mental transitorio; e) embriaguez y toxicomanía que haya sido provocada de manera fortuita.²⁰⁵

2.4.3.1.1 Minoría de edad dentro del Código Penal en relación con el Código de la Niñez y Adolescencia

Al respecto de la imputabilidad por minoría de edad, es preciso mencionar que nuestro Código, tal como la mayoría de los mismos se han inspirado en el principio de derecho romano, llamado: *infantem innocentia consili tuetur*, bajo el cual, la edad del menor influye sobre su capacidad, no pudiendo este responder por sus actos ²⁰⁶. Debiendo distinguir este caso, del de los adolescentes, pues en su caso deberán responder por medio de medidas socio-educativas, por cuanto se considera que son corregibles; así lo ha reconocido el ordenamiento jurídico ecuatoriano de conformidad con el Art. 40 el Código Penal que manifiesta que:

“Art. 40.- Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia.”²⁰⁷

²⁰⁴ . AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Op. Cit. p. 31

²⁰⁵ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. pp. 187- 194

²⁰⁶ Cfr. MAGGIORE. Giussepe. Derecho Penal Volumen I El Derecho Penal- El Delito. Segunda reimpresión de la segunda edición. Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá- Colombia. 2000, p. 565.

²⁰⁷ Código Penal ecuatoriano.

Norma que debe ser aplicada en concordancia con lo previsto por el Código de la Niñez y Adolescencia, cuerpo legal dentro del cual, en cuanto a la responsabilidad de los menores de edad se prescribe lo siguiente:

“Art. 305.- Inimputabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales.”²⁰⁸

“Art. 306.- Responsabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente Código.”²⁰⁹

Art. 307.- Inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas.- Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio-educativas contempladas en este Código. Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.²¹⁰

Ahora con el objetivo de clarificar la aplicación de estos conceptos y normas, volvamos a nuestro ejemplo base e imaginemos que nuestro cazador, el mismo que ha quitado la vida del campesino, por medio de un disparo de escopeta, tiene una edad de 10 años. Ante este hecho, bajo el fundamento del derecho ecuatoriano, nuestro cazador sería considerado inimputable, pues a causa de su inmadurez no posee la capacidad de entender y querer, debiendo ser únicamente entregado a sus representantes legales. Diferente sería, si el tan mencionado cazador tuviera la edad de 16 años, pues a pesar de que al igual que el niño, no es considerado imputable, sobre el mismo deben ser aplicadas las medidas socio-educativas que prevé el Código de la Niñez y Adolescencia para su corrección.

2.4.3.1.2 Sordomudez en el Código Penal

²⁰⁸ Código de la Niñez y Adolescencia Ecuador

²⁰⁹ Id.

²¹⁰ Id.

Sordomudo es aquel, que por lesión congénita o adquirida, central o periférica, parcial o completa del sistema auditivo ha perdido el sentido del oído y por consiguiente el uso del habla; situación que más que ser considerada como una enfermedad mental, debe considerarse como una deficiencia orgánica, que ubica a la persona en condiciones de no adaptarse a la vida en sociedad, y por lo tanto afecta su capacidad de entender y querer.²¹¹

En este sentido se ha expresado nuestro Código Penal al manifestar lo siguiente:

*Art. 39.- Cuando un sordomudo cometiere un delito, no será reprimido si constare plenamente que ha obrado sin conciencia y voluntad; pero podrá colocársele en una casa de educación adecuada, hasta por diez años; y si constare que ha obrado con conciencia y voluntad, se le aplicará una pena que no exceda de la mitad ni baje de la cuarta parte de la establecida para el delito.*²¹²

Regresemos a nuestro ejemplo base, y traigamos a nuestra imaginación la siguiente situación: el cazador mediante disparo de escopeta le quita la vida a un campesino que se encontraba recogiendo bejucos en el bosque. Se inicia por lo tanto, en su contra un proceso penal por el delito de homicidio, llegándose a establecer dentro de la investigación, que el cazador posee una disfunción sensorial auditiva total. Ante lo cual pueden presentarse dos situaciones: a) si consta plenamente que el sordomudo cazador obró sin conciencia y voluntad se le eximirá de pena, aunque existe la posibilidad de que sea enviado a una casa de educación hasta por diez años; y b) si se verifica que el sordomudo cazador realizó sus actos con plena conciencia y voluntad, se le aplicará una pena que no exceda de la mitad, ni baje de la cuarta parte de la establecida para el delito. Es decir en el caso en el que se determine que su pena es de doce años de reclusión, se puede imponer sobre el mismo una sanción entre tres y seis años de reclusión.

2.4.3.1.3 Perturbación mental absoluta dentro del Código Penal

²¹¹ Cfr. MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal Volumen I El Derecho Penal- El Delito. Op. Cit. p. 564

²¹² Código Penal ecuatoriano

Al respecto nuestra ley penal ha previsto la siguiente norma:

*Art. 34.- No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer. Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del ministerio público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado.*²¹³

Para mayor claridad en la explicación, imaginemos que el cazador tantas veces mencionado, es un alienado mental, pues sufría de esquizofrenia al momento de disparar al campesino que se encontraba recogiendo bejucos, encontrándose privado de entender y querer, resultando ser por lo tanto un inimputable. Ante dicha situación, por orden de juez deberá ser internado en un hospital psiquiátrico, conforme al procedimiento descrito en el Art. 34 y 35 del Código Penal, en concordancia con lo prescrito por el Art. 219 del Código Adjetivo Penal que prescribe lo siguiente:

Art. 219.- Imputado con síntomas de enfermedad mental.- *Si el procesado mostrare síntomas de enfermedad mental, la fiscal o el fiscal ordenará su inmediato reconocimiento, para cuyo fin nombrará y posesionará a dos médicos psiquiatras, quienes presentarán su informe por escrito, en el plazo que determine la fiscal o el fiscal; mientras tanto, no se le recibirá su declaración.*

Si el informe pericial establece que la enfermedad mental es transitoria, la fiscal o el fiscal postergará la recepción de la versión hasta el restablecimiento del procesado y proseguirá la substanciación de la instrucción.

*Si el informe establece que la enfermedad mental es permanente, la fiscal o el fiscal remitirá un informe a la Jueza o Juez de Garantías Penales junto con la documentación respectiva a fin de que ordene el internamiento previsto en el Código Penal. De ser del caso, la fiscal o el fiscal continuará con la etapa de la instrucción.*²¹⁴

Es decir que, previo al internamiento del cazador, debe sobre el mismo realizarse un reconocimiento psiquiátrico, por parte de dos profesionales. Ellos deberán presentar su informe ante el fiscal de la causa, determinando que su enfermedad mental es permanente; pues si esta resulta ser meramente transitoria, debe procederse de conformidad con lo que se explica en el subtítulo siguiente.

²¹³ Id.

²¹⁴ Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.

2.4.3.1.4 Trastorno mental transitorio dentro del Código Penal

Sobre este punto, nuestro Código sustantivo penal se ha expresado de la siguiente manera:

*Art. 35.- Quien, en el momento de realizar el acto delictuoso estaba, por razón de enfermedad, en tal estado mental que, aunque disminuida la capacidad de entender o de querer, no le imposibilitaba absolutamente para hacerlo, responderá por la infracción cometida, pero la pena será disminuida como lo establece este Código.*²¹⁵

En concordancia con la siguiente norma:

*Art. 50.- En el caso de conocimiento limitado por enfermedad, contemplado en el artículo 35, la pena aplicable al infractor será de un cuarto a la mitad de la señalada a la infracción, de acuerdo con las circunstancias que serán debidamente apreciadas por el juez.*²¹⁶

Este caso se configuraría suponiendo dentro del ejemplo base, que el cazador, a causa de una enfermedad mental, al momento de efectuar el disparo que quitó la vida del campesino se encontraba trastornado. Sin embargo este trastorno no era absoluto; ante lo cual a fin de hacer efectivas estas normas del Art. 35 y 50 del Código Penal, deben ser aplicadas en concordancia con el Art. 219 del Código de Procedimiento Penal.

2.4.3.1.5 Embriaguez o intoxicación que no haya sido provocada por el agente, dentro del Código Penal

Sobre la embriaguez o intoxicación no provocada por el agente, nuestro Código Penal ha prescrito lo siguiente:

*Art. 37.- En tratándose de la embriaguez del sujeto activo de la infracción, o de intoxicación por sustancias estupefacientes, se observarán las siguientes reglas: 1. Si la embriaguez, que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privó del conocimiento al autor, en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad.*²¹⁷

²¹⁵ Código Penal ecuatoriano.

²¹⁶ Id.

²¹⁷ Id.

A fin de clarificar la aplicación de la norma antes descrita, retomaremos el ejemplo base, acorde a lo siguiente: imaginemos ahora que el cazador, antes de salir a practicar su deporte concurrió a una taberna cercana al campo de práctica, dentro de la cual una señorita depositó en su cerveza una sustancia que originó que éste pierda su conciencia y voluntad, lo que ocasionó una serie de disparos de parte del cazador, llegando uno de ellos, a un campesino, quien también se encontraba bebiendo en la taberna, quitándole como consecuencia su vida. Skoiendo este un caso de intoxicación producida por caso fortuito, ante lo que el cazador no deberá responder por acto alguno.

2.4.3.2 Formas o grados de la culpabilidad

Una vez revisado el primer nivel del examen de culpabilidad, dentro de nuestra ley penal, es preciso continuar con el estudio de las formas o grados de culpabilidad.

2.4.3.2.1 El dolo

Acerca del dolo ya fueron descritos sus elementos dentro del Capítulo que trataba sobre la culpabilidad en el esquema clásico, debiendo expresar que han sido recogidos en su mayoría dentro de nuestro Código Penal, conforme a la norma prevista en su Art. 14, la misma que prescribe que:

*Art. 14.- La infracción es dolosa o culposa. La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño, es: Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y,*²¹⁸

Debo aclarar mencionando que si bien me he expresando en el sentido de que han sido recogidos en su mayoría y no totalmente los conceptos del esquema clásico en cuanto al dolo, es por cuanto, el Art. 14 del Código Penal no es

²¹⁸ Id.

aplicable al dolo de segundo grado²¹⁹, pues esta norma es únicamente ajustable al dolo directo.²²⁰

2.4.3.2.2 La culpa

Como ya se dijo alguien ha actuado culposamente cuando ha desatendido o inobservado un deber de cuidado, no habiendo evitado el hecho y las consecuencias de ahí derivadas²²¹. Definición que podemos encontrar dentro de nuestra ley penal, la misma que incluye los elementos de la culpa antes descritos y sus formas de manifestación, como lo veremos en las siguientes líneas:

Art. 14.- La infracción es dolosa o culposa. La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.²²²

2.4.3.2.3 Un ejemplo en relación a los grados de culpabilidad

Retomando el ejemplo del cazador, supongamos que este haya querido matar al campesino y lo hizo con conciencia de que delinquía, entonces podremos decir que su obrar fue doloso; pero si el dolo es descartado y se prueba que el cazador actuó con negligencia, disparando el arma, cuando si hubiera sido medianamente cauteloso podría haberse dado de que allí se encontraba un ser humano, habrá actuado culposamente.

2.4.4 Causas de Inculpabilidad

Antes de insertarnos en el concepto de causa de inculpabilidad, creo necesario explicar en que consiste la inculpabilidad en si y cual es su relación con sus causas de ausencia; para ello me remito a lo postulado por el autor mexicano Sergio Medina, quien afirma:

“La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, que opera cuando en el obrar de un sujeto imputable se hallan ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad; conocimiento y

²¹⁹ dolo indirecto o de segundo grado: lo querido es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible del hecho. Cfr. MEZGER. Edmund. Derecho Penal Parte General Libro de Estudio. Op. Cit. p. 229.

²²⁰ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. pp. 197-198

²²¹ MEZGER. Edmund. Derecho Penal Parte General Libro de Estudio Op. Cit. pp. 256-257.

²²² Código Penal Ecuador

*voluntad; es decir, que las causas de inculpabilidad están condicionadas a la existencia de capacidad de entender y de querer en el sujeto activo.*²²³

Por lo tanto completando este concepto, debo señalar que las causas de inculpabilidad serían aquellas situaciones en las cuales una persona imputable actúo sin dolo o culpa y por lo tanto no merece una pena.²²⁴ Entre las cuales dentro de nuestro Código podemos encontrar: al caso fortuito, la fuerza mayor y la coacción moral.

2.4.4.1 Caso Fortuito y Fuerza Mayor

Acerca del caso fortuito y fuerza mayor, conceptos que fueron ya explicados dentro del Capítulo sobre la culpabilidad en el esquema clásico, nuestro Código sustantivo penal ha expresado lo siguiente:

*Art. 15.- La acción u omisión prevista por la ley como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor.*²²⁵

Para mayor abundamiento en la explicación, imaginemos el caso de un conductor de un vehículo que se dirige mediante la velocidad reglamentaria sobre una avenida que se encuentra rodeada de árboles y arbustos, de los cuales sale repentinamente un peatón que intentaba cruzar la calle, interponiéndose en el paso del vehículo, sin que pueda haberlo previsto el piloto del automóvil, dando como lugar a un atropellamiento; resultado ante el cual el conductor no podría responder, ante tal eventualidad se encuentra configurado el caso fortuito.

En lo que tiene que ver a la fuerza mayor, supongamos que el mismo conductor antes descrito, dirigiéndose de igual manera, bajo la velocidad reglamentaria sobre la autopista, se percata del derrumbe que está ocurriendo y para evitar ser aplastado, realiza una maniobra evasiva, que tiene como consecuencia el estrellamiento de su automotor con otro vehículo que se

²²³ MEDINA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva.. Óp. Cit. p. 131.

²²⁴ MEZGER. Edmund. Derecho Penal Parte General Libro de Estudio Op. Cit. pp. 202.

²²⁵ Código Penal ecuatoriano.

encontraba circulando sobre la misma vía; resultado del que no puede responder, pues ha obrado bajo una fuerza mayor que ha eliminado cualquier conducta dolosa o culposa de su parte.

2.4.4.2 Coacción Moral

Específicamente sobre la Coacción Moral, en base a la descripción de nuestro Código penal el Dr. Ernesto Albán ha manifestado lo siguiente:

*Recordemos lo que se señaló oportunamente: nuestro Código (Art. 18) unifica, bajo el nombre de “fuerza irresistible”, la fuerza física irresistible, que se estudió como una situación de ausencia de acto, y la coacción moral irresistible, que toca examinar en el ámbito de la culpabilidad; significando la coacción moral que la vinculación de la persona con el acto está viciada por un elemento externo que determina su voluntad.*²²⁶

Elemento externo que según la postura del mismo autor debe entenderse como una amenaza realizada por terceras personas, injusta, inminente de un mal grave.²²⁷

Vale decir que la causa de inculpabilidad, coacción moral, ha sido recogida en nuestro Código Penal, dentro de la siguiente norma, como veremos a continuación:

*Art. 18.- No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución absoluta de autoridad competente, **o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.***²²⁸ (el resaltado es mío)

Regresando al ejemplo base del cazador, supongamos que el agente había recibido una amenaza seria de perder su vida, si no mataba al campesino. En este caso la voluntad del cazador se encontraría viciada por este elemento que es la amenaza injusta e inminente de un mal grave, por lo que mal podría responder por el homicidio del campesino.

²²⁶ ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. pp. 203-204.

²²⁷ Id. p. 204.

²²⁸ Código Penal ecuatoriano

2.4.4.3 Error de Hecho y Derecho

Dentro de este subcapítulo describiré la causa de inculpabilidad, error, dentro de lo cual es preciso diferenciar al error de hecho, del de derecho, como lo observaremos a continuación.

2.4.4.3.1 Error de Derecho

Según lo prescrito en el Art. 3 de nuestro Código penal²²⁹, el error de derecho no excluye la culpabilidad, ya que no se puede alegar ignorancia de la ley.²³⁰

Sin embargo a pesar de que nuestro código penal no reconoce al error de hecho como una causa de inculpabilidad, ha incluido una atenuante, aplicable al caso que es la siguiente:

Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: 8. Rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia,²³¹

2.4.4.3.2 Error de Hecho

A fin de explicar de mejor manera el concepto de error de hecho, es necesario referirse a su subdivisión:

- a) Error de hecho esencial: aquel que tiene que ver con hechos que constituyen elementos esenciales del tipo penal, de tal modo que si el agente los hubiera conocido habría actuado de otra manera.²³²

²²⁹ Art. 3.- Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquéllos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa. Código Penal ecuatoriano.

²³⁰ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 206.

²³¹ Código Penal ecuatoriano.

²³² Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 206.

- b) Error de hecho no sustancial: es aquel que no tiene que ver con elementos sustanciales de la tipicidad, como puede ser el error en la persona escogida (Art. 13 Código Penal).²³³

Si bien es cierto el Código Penal no hace un especial y sistemático tratamiento sobre el error, vale tomar en cuenta lo previsto en cuanto al desplazamiento de culpabilidad por error de hecho inducido por otro agente, como podemos ver del Art. 36 del cuerpo legal antes mencionado²³⁴ que transcribo a continuación:

*Art. 36.- Cuando la acción u omisión que la ley ha previsto como infracción, es en cuanto al hecho y no al derecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada responderá quien le determinó a cometerlo.*²³⁵

Ahora retomando nuestro ejemplo, imaginemos que el cazador, se encontraba acompañado de su guía asignado, el cual se supone que conoce de los alrededores y demás detalles del terreno en donde se practicaría este deporte. Dicho guía aconseja al cazador que dispare a un objeto que se divisa a unos cincuenta metros de distancia, señalando que se trata de un espantapájaros que sirve de práctica a los visitantes, cuando en realidad es el campesino quien se encontraba parado, teniendo como consecuencia un disparo que causa la muerte de la víctima; ante lo cual no podría responder el autor, pues ha sido provocado un error de hecho como resultado del engaño de su guía, ya que su voluntad se dirigía a disparar a un objeto inanimado como un espantapájaros y no el quitar la vida a un campesino inocente.

2.4.5 Inconsistencias y propuestas respecto al esquema Clásico del delito

Acerca de las inconsistencias presentadas por el esquema clásico del delito, me remito a lo dicho y razonado en el capítulo de esta disertación que trata sobre la Culpabilidad en el Esquema Clásico y la crítica realizada al concepto de acción y tipo causal.

²³³ Cfr. Ibíd. p. 207.

²³⁴ Cfr. Id.

²³⁵ Código Penal ecuatoriano.

Manifestando además, que en búsqueda de un elemento del delito culpabilidad, que se ajuste a los mandatos de la Constitución, en lo que tiene que ver con el reconocimiento a la libertad de la persona, es preciso darle un giro en el sentido de restar esta preponderancia a la culpabilidad psicológica, reemplazándola con una culpabilidad normativa, acorde a los postulados del esquema finalista del delito.

2.5 El Art. 24 del Código Penal y la culpabilidad como medida de la pena

2.5.1 La culpabilidad y su relación con la Pena

2.5.1.1 Acerca del pensamiento Clásico

Acerca de la culpabilidad en relación con la pena, se ha expresado el afamado doctrinario, Franz Von Liszt alemán quien manifestó que:

*Culpabilidad en el más amplio sentido es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor. En este amplio sentido encontramos la idea del veredicto de culpabilidad de los jurados, que también abarca la causación del resultado por parte del autor, y la ilegalidad del acto.*²³⁶

El principio que hoy nos parece tan natural, de que la culpabilidad es uno de los caracteres esenciales del delito y que sin culpabilidad no es posible imponer ninguna pena, es el resultado de una larga evolución, hasta hoy poco estudiada y aún no terminada actualmente. Sólo gradualmente la idea de la infracción va tomando en sí misma la característica de la culpabilidad y por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho Penal. Así como no repugna a la concepción religiosa que los pecados de los padres recaigan sobre los hijos y los nietos, así como en las tragedias de los antiguos el destino fatal y en la literatura de nuestros días la ley de la herencia, suplantando a la culpabilidad, así como también el primitivo derecho de todos los pueblos conoció la penalidad sin culpa. Según el derecho sagrado de Roma, la infracción del Derecho

²³⁶ VON LISZT. Franz. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit. p. 405.

*cometida por azar, provocaba, del mismo que la intencional, la cólera de los dioses, que reconocía aún su deuda de familia, por la sangre vertida, que se transmita de generación en generación. Pero bajo la influencia de los moralistas griegos, el Derecho romano considera, de más en más, como elemento decisivo, la voluntad antijurídica, incurriendo en ello, en abierta oposición con el antiquísimo principio de atenerse a las resultas, que perdura en la conciencia jurídica germana, determinando toda la historia ulterior de la culpabilidad.*²³⁷

2.5.1.2 El pensamiento garantista y la relación de la culpabilidad con la pena

Acerca de este juicio de culpabilidad realizado por el esquema tradicional antes detallado, cabe volver a acotar que dentro de su metodología ha predominado la vinculación del sujeto con el acto, bien por dolo o por vía de imprudencia. En base a lo que se ha dicho que el hecho es de propiedad del agente porque este le ha dado su sentido y significación, reflejando en esta actuación su personalidad.²³⁸

Sin embargo, el juicio de culpabilidad se ha de emitir sobre la base del hecho, pero valorado como un injusto personal, es decir como un comportamiento típico y antijurídico, ante el cual el agente es responsable. Desprendiéndose de esta premisa, un principio garantista fundamental, el cual va a ser abordado en el próximo y último capítulo, conocido como el principio de culpabilidad por el hecho. Bajo el cual se inicia un enjuiciamiento por el hecho del sujeto y la relación de este sujeto con dicho comportamiento que viene a ser el fundamento del castigo.²³⁹

Por ello, para el juicio de valoración deben aparecer la tipicidad y antijuridicidad, elementos que vienen a determinar objetiva, subjetiva y normativamente el hecho por el cual el agente deberá responder; “si ese hecho no apareciera ya especificado en el injusto (como delito), no tendría sentido el principio garantista de la culpabilidad por el hecho”.²⁴⁰ Desde un punto de vista garantista, la tipicidad señala que comportamientos pueden atribuirse a los ciudadanos. La antijuridicidad de su lado, señala la razón por la cual se consideran contrarios al ordenamiento jurídico. La culpabilidad por su parte viene a completar

²³⁷ Ibíd. p. 406.

²³⁸ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal Parte General Volúmen III. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito- Ecuador. 2008. p. 983

²³⁹ Cfr. Id.

²⁴⁰ Ibíd. p. 984

todo el proceso que habrá de culminar en el castigo, pues frente al delito realiza un juicio de reproche, del cual se determina la responsabilidad del agente respecto del hecho, con el fin de que responda por lo efectuado.²⁴¹

2.5.1.3 El pensamiento finalista y relación de la culpabilidad con la pena

Dentro del sistema finalista del delito, la culpabilidad es aquel elemento, que permite imponer una pena al individuo que ha cometido una acción típica y antijurídica. Pues en base al juicio de reproche que representa, es decir en el examen sobre la posibilidad del agente de haber podido actuar de otra manera, es que se determina su medida.

Así lo ha expresado el español, Francisco Muñoz Conde, quien en relación con la culpabilidad y la relación con la pena, se expresa en los siguientes términos:

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de la responsabilidad penal. Ello demuestra que junto a la tipicidad y la antijuridicidad debe darse una tercera categoría en teoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esa categoría es la culpabilidad. Es una categoría cuya función consiste, precisamente en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena.²⁴²

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad consiguientemente, entre causa de justificación y causa de exclusión de la culpabilidad es uno de los hallazgos técnico-jurídicos más importantes de la ciencia del derecho penal. Tal hallazgo no es pura elucubración teórica sino que tiene importantes consecuencias prácticas²⁴³.

Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido. Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho.²⁴⁴

²⁴¹ Cfr. Id.

²⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis Segunda Edición. Bogotá-Colombia. 2005. p. 99.

²⁴³ Id.

²⁴⁴ Id.

2.5.2

La culpabilidad indicadora

La pena que se impone al agente en el supuesto concreto constituye la cuantía de poder punitivo que queda después de la contención que ejerce el poder jurídico en cada caso de criminalización secundaria que se somete a su decisión. Excluida toda posibilidad de reemplazar la culpabilidad por la razón de estado, en una teoría contentora del poder punitivo la culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico, en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto (que prescinde de la selectividad y, por ende de la vulnerabilidad), y un cálculo de esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa. El principio de irracionalidad mínima impone que el poder punitivo en cada caso concreto guarde cierta proporción con la culpabilidad normativa, de modo que en definitiva, resulta que ésta- síntesis de la culpabilidad del acto y la culpabilidad por vulnerabilidad—es el indicador de mayor aproximación de la cuantía de la pena.²⁴⁵

La cesura entre la teoría del delito y la de la responsabilidad es sólo de perspectiva, y está impuesta por el principio de irracionalidad mínima, es decir por el esfuerzo que debe realizar el derecho penal para reducir la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo, lo que impone que en la teoría del delito sólo se pueda lograr esta reducción pensando en el delito como algo fijado en cierto momento, en tanto que en la teoría de la responsabilidad o de la respuesta punitiva únicamente se pueda lograr proyectando sus caracteres de modo dinámico, conforme a su naturaleza social. La cesura entre ambas teorías responde únicamente a esta necesaria y dispar perspectiva del mismo conflicto, siempre dinámico, pero fijado en un momento en la teoría del delito, en tanto que proyectado con su entero dinamismo social en la teoría de la responsabilidad. Por ello en esta última no se incorporan elementos o reductores diferentes a los de la primera, sino que se trata de los mismos elementos captados en la perspectiva dinámico del conflicto.²⁴⁶

“De allí que sea correcto afirmar que la medida de la pena debe ser la culpabilidad, y que esta última no es diferente de la culpabilidad del delito, sino sólo la misma en perspectiva dinámica. La culpabilidad por el acto señala el límite máximo de la pena en concreto, porque es el máximo de reproche posible...”²⁴⁷

De lo señalado por el autor argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, podemos afirmar que la culpabilidad se transforma en aquel elemento bajo el cual se determina la medida de pena. Se debe señalar además que esta función, no

²⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 1032.

²⁴⁶ Ibíd. p. 1034.

²⁴⁷ Ibíd. p. 1035.

solamente radica en una necesidad metodológica del esquema del delito finalista, pues su fundamento se encuentra en la racionalización del derecho penal, para el cual la pena debe tener proporción con la culpabilidad normativa, de tal manera que haya coherencia entre la sanción y la posibilidad del agente de haber podido actuar conforme a derecho, mas no en una razón de estado.

2.5.3 Descripción del Art. 24 del Código Penal

El Art. 24 del Código Penal manifiesta lo siguiente:

No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo²⁴⁸.

2.5.3.1 ¿No se impondrá ninguna pena?

Como pudimos ver el Art. 24 que trata sobre el estado de necesidad inicia con la siguiente redacción: “No se impondrá ninguna pena”. Lo que nos lleva a pensar que se trata de un estado de necesidad exculpante, porque como ya dijimos y se explicó anteriormente, aún para las varias teorías y esquemas, la culpabilidad es aquel elemento del delito que permite que se aplique la pena, además de constituir aquella categoría indicadora del poder punitivo a aplicarse en base al injusto del agente.

Pues la responsabilidad penal, como señala Impallomeni, es aquella obligación que tiene la persona de sufrir una pena a causa de un delito, siendo el agente penalmente responsable cuando se cumplen todas las condiciones morales previstas como esenciales por la ley sobre el delito. Constituyéndose la imputabilidad en el presupuesto para la responsabilidad penal; por ello se dividieron las causas de exclusión de las penas, en dos: a) causas que excluyen la imputabilidad y b) causas que excluyen la responsabilidad penal o desacriminantes

²⁴⁸ Código Penal Ecuatoriano.

ideológicas (orden jerárquica, legítima defensa, **estado de necesidad**, etc)²⁴⁹ (el resaltado me pertenece)

Además, como dijimos anteriormente, dentro del esquema finalista corresponde el análisis del estado de necesidad disculpante en lo que tiene que ver con la inexigibilidad de otra conducta. Siendo este mismo concepto aquel que aconseja no sancionar a la persona que actúa bajo estas circunstancias. Pues el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, objetivos, normales o generales y más allá de esta no puede imponerse el cumplimiento de sus mandatos, de esta manera en el estado de necesidad²⁵⁰ se exige dentro de la ley como requisito el hecho de que el necesitado no tenga por su oficio o encargo la obligación de sacrificarse.²⁵¹

2.5.3.2 Alcance de la exculpante

Es aquí donde se produce un problema respecto sobre considerar a lo dispuesto por el Art. 24 antes transcrito, ya que el estado de necesidad disculpante se presenta sobre bienes en conflicto de equivalente valor²⁵², que exime de responsabilidad por razones de orden objetivo, constituyéndose como una causa de inculpabilidad cuyo fundamento es la inexigibilidad de otra conducta. Pues a ningún individuo se le puede reclamar una conducta contraria a su bien, que se halle en conflicto con otro; debiendo señalar además que la justicia no otorga datos para señalar que debe ser preferido, aún cuando el agente haya decidido destruir el otro bien jurídico.²⁵³

²⁴⁹ IMPALLOMENI en MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal Vol. 1 El derecho penal El Delito. Editorial Temis. Santa Fé- Bogotá- Colombia. 2000. p. 483.

²⁵⁰ Abogados Penalistas en Madrid. Código Penal Español. <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>. Acceso: 17 de agosto de 2011, las 18h26. **Artículo 20.** Están exentos de responsabilidad criminal: .º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

²⁵¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Op. Cit. 126-127.

²⁵² b) Es preciso que el peligro indicado no pueda ser evitado sino sacrificando un bien jurídico del mismo valor. Cualquier otra solución que sea posible, descarta la causa de inculpabilidad, a menos que el sujeto activo no haya conocido, ni podido conocer esa otra solución. NOVOA MONREAL. Curso de Derecho Penal Chileno Tomo I Segunda Edición. Editorial Jurídica Ediar- ConoSur Ltda. Santiago de Chile- Chile. 1985. p.

²⁵³ Cfr. Ibíd. p. 637-639.

Sin embargo el Art. 24, como vimos, establece únicamente el mal causado en propiedad ajena (con lo que queda excluido cualquier otro tipo de daño) en relación con otro interés que será salvado²⁵⁴; cuando los supuestos de causas de exculpación son:

*1.- Cuando se trata de males inconmensurables: aquellos casos donde dada la naturaleza y características de los bienes en juego , no es posible determinar cuál de ellos es mayor. Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando debe decidirse entre distintas vidas humanas.*²⁵⁵

*2.- Cuando se trata de males equivalentes: supuestos en que los intereses en conflicto son de igual jerarquía.*²⁵⁶

*3.- Cuando el mal causado es mayor que el que se trata de evitar , siempre que no fuera muy desproporcionado. Ello ocurrirá por ejemplo, si se mata para evitar una grave mutilación.*²⁵⁷

*4.- Cuando ,a pesar de que el mal causado es menor que el que se trata de evitar, no pueda invocarse una causa de justificación porque la conducta supone una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana.*²⁵⁸

2.6 Aplicación del Art. 24 ¿una justificante?

2.6.1 Análisis de la supuesta ponderación de intereses

Como ya dijimos el fundamento de las causas de justificación, en base a las teorías pluralistas, afirmando a la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses, da lugar a dos principios justificantes, el principio de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante. El primero se refiere al consentimiento de la víctima y el segundo se refiere a dar fundamento al ejercicio de deberes y los derechos de necesidad (estado de necesidad y legítima defensa). Casos en los cuales se afirma que el ordenamiento jurídico da más importancia a un bien jurídico sobre otros y por lo tanto la lesión producida en esas circunstancias debe ser justificada; no dejando de señalarse que el principio del

²⁵⁴ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 174.

²⁵⁵ DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. p. 382.

²⁵⁶ Id.

²⁵⁷ Id.

²⁵⁸ Ibíd. p. 382-383

interés preponderante se interpreta de manera diversa en cada caso. En uno es preponderante la salvación de un bien jurídico de más valor que el se sacrifica (estado de necesidad) y en los otros prepondera un interés que es independiente del valor de los bienes jurídicos en juego (cumplimiento del deber y defensa necesaria).²⁵⁹

Situación que al parecer se acomoda más a la descripción realizada del Art. 24 del Código Penal que manifiesta: “en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal para que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo”²⁶⁰. En la que efectivamente se denota un principio del interés preponderante, en el caso sobre la propiedad ajena.

Describiendo más bien un estado de necesidad del derecho civil como lo ubica y relata Hans Welzel en su obra al decir:

*1. La defensa contra cosas (estado de necesidad defensivo: 228 BGB) procede contra cosas (y animales) que constituyen un peligro, siempre que sea requerido para evitar el peligro y que el daño producido no sea desproporcionadamente grande en relación al perjuicio amenazado. (...) 2. El estado de necesidad agresivo (904 BGB) permite la violación de la propiedad ajena para la defensa contra un peligro actual, siempre que el perjuicio sea desproporcionadamente grande. Jescheck. Trat. 33 III. En ambos casos el balanceamiento de los bienes constituye un momento codeterminante de la justificación. En menor medida en la defensa de cosas; en ella está en primer plano la idea de defensa, el balanceamiento de los bienes sólo actúa como correctivo, para que no todo perjuicio (que amenaza) insignificante pueda ser evitado sin consideración a la destrucción de valores importantes. En el caso del estado de necesidad agresivo, el balanceamiento de bienes está en el primer plano. Aquí la colisión de bienes debe resolverse de tal modo tal que el bien jurídico protegido sea de mayor valor que el bien lesionado.*²⁶¹

2.7 Opinión de doctrinarios ecuatorianos

2.7.1 El Dr. Francisco Pérez Borja

²⁵⁹ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 342.

²⁶⁰ Código Penal ecuatoriano.

²⁶¹ Cfr. WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Op. Cit. pp. 108.

Acerca de esto el maestro ecuatoriano describe al actual Art. 24 y anterior Art. 27 como una causa de justificación, pues establece como título del análisis de esta norma el siguiente: “Daños causados en la propiedad del otro.- Cuando se justifican estos daños.”, aunque posteriormente utiliza sin ninguna distinción los términos de responsabilidad y culpabilidad.

En lo que tiene que ver con la descripción de esta norma expresa lo siguiente:

*En el Art. 27 encontramos la última de las causas que eximen de responsabilidad; pero esta causa se refiere no al daño que se cause a otro en su persona sino al perjuicio ocasionado en la propiedad de un tercero, para evitar un mal en los propios bienes. Para que tenga lugar esta eximente son necesarias las tres condiciones siguientes: 1ª Que el mal que se trate de evitar sea real. De lo contrario, no habría razón para atentar contra el derecho de otro. Un peligro imaginario no justificaría el mal causado. 2ª Que el mal que se trate de evitar sea mayor que el causado para evitarlo. La ley establece aquí una comparación entre los dos males: el propio y el ajeno. Si el mal propio que se trata de evitar es más grave que el ajeno, no hay responsabilidad: pero si éste es mayor que aquél subiste la culpabilidad. Si estando en inminente peligro de que se incendie mi casa, derribo una pared del vecino, para escapar de mi casa del incendio, tengo derecho a hacerlo, porque el incendio de mi propiedad es más grave que la destrucción de una pared. 3ª Es necesario, por último que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo; condición que es la misma para todos los casos de defensa: la inevitabilidad.*²⁶²

Pero de la misma manera, el antes nombrado autor reconoce otra situación, similar al estado de necesidad disculpante al describir el Art. 21 vigente para el tiempo de la obra, de la siguiente manera:

“El Art. 21 determina cuatro circunstancias que eximen de responsabilidad: 1º Orden de la Ley; 2º Mandato de la autoridad; 3º La demencia y 4º La fuerza.”²⁶³

Exponiendo sobre la Fuerza lo que viene:

²⁶² PÉREZ BORJA, Francisco. Apuntes para el Estudio del Código Penal Libro I. Imprenta de la Universidad Central. Quito- Ecuador. 1916.p. 102-103.

²⁶³ Ibíd. p. 79.

La cuarta de las causas que excluyen la responsabilidad es la fuerza: cuando indiciado de un hecho criminal “fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir”.²⁶⁴

La dificultad en esta materia consiste en determinar cuando existe la fuerza irresistible. Comencemos por la distinción tan conocida entre fuerza, o violencia como se la llama también, física y moral.²⁶⁵

La violencia moral tiene lugar, cuando un mal inminente pone a un individuo en la alternativa de sufrir ese mal o causa un hecho ilícito. Como la violencia física, puede provenir de un hecho del hombre o de un accidente de la naturaleza. Un escribano a quien se le impusiera bajo amenazas el otorgar una escritura pública falsa, sería caso de violencia moral por un hecho del hombre; la persona que por salvarse de una inundación causara un mal a otra persona: caso de violencia moral por un hecho de la naturaleza. Es indudable que todo estos casos están comprendidos en el Art. 21. Pero a condición de que la fuerza que ha obligado a verificar el hecho criminal sea irresistible, lo que manifiesta que debe tener los caracteres de inevitable e inminente; por lo que un mal que pudiera preverse o que fuera incierto, futuro o poco grave no daría lugar la excusa, sin poderse dar reglas generales acerca de estas condiciones, ya que son cuestiones de hecho, en cada caso particular lo resolverá el juez.²⁶⁶

2.7.2 El Dr. Efraín Torres Cháves

Acerca del Art. 24 el antes nombrado manifiesta:

La redacción de este artículo corresponde a una anticuada e inútil inspiración. Mientras en los artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23, se encuentra la negación de la antijuridicidad, en éste hay simplemente de la pena, lo que equivale a decir que quien causa daño en la propiedad ajena comete delito, es delincuente y lo único que no tiene es pena. Semejante ficción o juego legal innecesario, debe desaparecer. El Código Penal debe ser explícito: o hay delito, con todas sus consecuencias o no lo hay.²⁶⁷

2.7.3 El Dr. Ernesto Albán

Sobre la institución del estado de necesidad, se ha pronunciado el Dr. Ernesto Albán, dentro la obra antes citada dentro de esta disertación, manifestando lo siguiente:

²⁶⁴ *Ibíd.* p.85

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Ibíd.* p. 86.

²⁶⁷ TORRES Cháves. Efraín. Breves Comentarios al Código Penal Ecuatoriano Novena Edición. Universidad Técnica Particular de Loja Ciencias Jurídicas. Cuenca- Ecuador. 1998. p. 85.

*Como se decía más arriba, no siempre se creyó que el estado de necesidad fuera una causa de justificación. En ocasiones se sostuvo que podría ser más bien una causa de inculpabilidad, una situación que debía examinarse desde el punto de vista subjetivo, pues el que obra en tal estado se encuentra presionado psicológicamente para actuar lesionando un bien jurídico ajeno. En algunos tratados se considera entonces que el estado de necesidad es un caso específico de fuerza irresistible. Nuestro Código parece de alguna manera adherirse a ese puntos de vista pues el Art .24, que se refiere al asunto, empieza declarando que: “**No se impondrá ninguna pena al que...**”, forma radicalmente distinta de la que utiliza el Código para la legítima defensa: “**No comete infracción de ninguna clase el que...**”. Sin embargo, la doctrina moderna, en forma mayoritaria, se ha pronunciado por considerar al estado de necesidad como una causa objetiva de justificación, lo cual significa que el necesitado obra legítimamente, es decir, tiene derecho a actuar de esa manera. Sin embargo, la doctrina moderna, en forma mayoritaria, se ha pronunciado por considerar al estado de necesidad como una causa objetiva de justificación, lo cual significa que el necesitado obra legítimamente, es decir, tiene derecho a actuar de esa manera. Se ha encontrado el fundamento de tal criterio precisamente en la colisión de bienes jurídicos, uno de mayor valor frente al otro, lo cual conduce a legitimar **la salvaguardia del bien de mayor significación sacrificando el de menor valor**. Distinto es el caso en el cual los bienes que entran en colisión tienen el mismo valor, que ya no podría dar lugar a una causa de justificación sino, cuando más a una exclusión de la culpabilidad por razones subjetivas.²⁶⁸*

Por ello más bien este penalista ecuatoriano, nos describe otra causa de inculpabilidad de la que podría derivarse una especie de estado de necesidad disculpante. Pero analiza a la coacción como causa de inculpabilidad de la siguiente manera:

Recordemos lo que ya se señaló oportunamente: nuestro Código (Art. 18) unifica bajo el nombre de “fuerza irresistible”, la fuerza física irresistible que se estudió como una situación de la ausencia de acto, y la coacción moral, irresistible, que toca examinar en el ámbito de la culpabilidad²⁶⁹.

La coacción moral significa que la vinculación de la persona con el acto realizado está viciada por un elemento extraño que determina la voluntad: la motivación del acto es irregular y por lo tanto todo el proceso es anormal. La coacción moral debe entenderse como una: Amenaza: es decir el empleo por terceras personas de medios capaces de infundir temor a una persona y obligarla a realizar un acto típico y antijurídico; Injusta: es decir que la persona no está obligada a soportarla; Inminente: que está a punto de

²⁶⁸ Cfr. ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 172.

²⁶⁹ *Ibíd.* p. 203.

efectivizarse; De un mal grave: la amenaza debe recaer sobre bienes jurídicos de importancia para la persona amenazada o para personas íntimamente vinculadas con ella (vida, integridad física, pudor, libertad, etc). Ahora bien, si está coacción moral es de tal grado que pueden considerarse irresistible, la inculpabilidad será total y la persona no podrá ser sancionada. En cambio si la coacción fuere resistible.²⁷⁰

2.7.4 El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

Acerca del tema, el doctrinario guayaquileño, dedica todo un título al estudio del Estado de Necesidad en nuestro Código dentro del cual expresamente señala que:

Está ubicado en el art. 24 no como una verdadera causa de justificación sino como una causa de exclusión de la pena, lo que nos lleva a admitir de lege lata que cuando se obra en los supuestos del artículo 24, la conducta es, antijurídica aunque no punible, por tratarse de una causa que más parece ser de inculpabilidad por inexigibilidad de la conducta. Dice nuestro código: “No se impondrá pena al que, en la necesidad de evitar un mal ejecuta un acto que produzca daño en propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”. Puede lo anterior colegirse: 1º No se trata de una verdadera causa de justificación sino de inculpabilidad. 2º Cabe legítima defensa contra el que obra en estado de necesidad porque el acto del necesitado es antijurídico. 3º Sólo ampara al necesitado y deja subsistente la culpabilidad de terceros. 4º Como la conducta del necesitado es ilícita debe pagar las indemnizaciones, ya que la eximente es de pena sin que se justifiquen los daños. 5º El mal que se pretende evitar puede ser en bien propio- vida, libertad, integridad física – o de un tercero. 6º El daño que no genera pena es únicamente el que se produce en la propiedad ajena, sin considerarse de lege lata los daños contra la vida o integridad física de terceros, que de lege ferenda quedan cubiertos por un actuar en estado de necesidad inculpable. 7º Se impone el criterio de la preponderancia de bienes jurídicos para que surta efectos jurídicos la causa de impenalidad y, 8º Se considera el estado de necesidad como subsidiario, esto es tiene lugar cuando es inevitable el actuar.”²⁷¹

2.8 A modo de conclusión

²⁷⁰ Ibíd. p. 204.

²⁷¹ ZAMBRANO Pasquel. Alfonso. Manual de Derecho Penal Segunda Edición. Editorial Edino. Quito-Ecuador. 1998. p. 251-252.

Como hemos visto, existe un fuerte fundamento para manifestar que el Art. 24 establece una causa de exclusión de culpabilidad, al expresar “No se impondrá ninguna pena”. Pues como se dejó muy en claro, la culpabilidad es aquel elemento del delito que actúa como categoría determinadora de la pena a aplicarse en relación al injusto. Sin embargo las siguientes palabras de la misma norma antes mencionada, son aquellas que nos llevan a pensar lo contrario; pues manifiesta el Art. 24: “al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal para que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo”; Lo que podría llevar nuestro pensamiento hacia una supuesta ponderación de intereses, entre la propiedad ajena afectada y el bien jurídico que será salvado, lo cual es fundamento de un estado de necesidad justificante, pues el disculpante tiene como base a la “inexigibilidad de otra conducta”, dentro de una culpabilidad puramente normativa.

Sin embargo pienso que podríamos encontrar una solución en base a lo que nos manifiesta el escritor español Enrique Bacigalupo, quien refiriéndose al estado de necesidad dentro del Código Penal español, manifiesta:

Esto plantea la cuestión de cómo sabe el intérprete que una determinada circunstancia es una autorización o permiso para realizar un hecho típico y no simplemente una disculpa o una exención de la pena. Esta situación conforma el trasfondo de toda la discusión relativa a si el estado de necesidad es una causa de justificación o de inculpabilidad o simplemente una excusa absolutoria. (...) Ante todo resulta insuficiente recurrir a un criterio estructural, pues todas las del Art. 20 del Código Penal tienen una estructura idéntica: “dadas circunstancias, la pena no es aplicable”. Tampoco resulta adecuado remitirse a la rotulación en su caso realizada por el legislador.²⁷²

Pudiendo señalar que desde esta perspectiva, sería preciso recurrir a la circunstancia concreta y verificar si el agente actuó con el fin de actuar bajo la causa de justificación, o si estaba coaccionado y no podría haber “actuado de otra manera”. Aunque, si partimos estrictamente desde el concepto de la culpabilidad como medida de la pena y desde el esquema del delito que se encuentra regulado en nuestro Código sustantivo penal, su Art. 24 establece una causa de exclusión

²⁷² BACIGALUPO. Enrique. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 341

de la culpabilidad, mas no la institución de estado de necesidad justificante y menos aún la institución de estado de necesidad exculpante, como la conoce el esquema finalista, no sólo porque no cumple con sus requisitos, sino que para que esta institución sea aplicable sería necesario que el Código Penal ecuatoriano al menos manejara una teoría normativa de la culpabilidad. Mas de acuerdo al Art.32 del cuerpo legal antes nombrado, la que fundamenta a la culpabilidad es la teoría psicológica.

Ahora en cuanto a la norma del Art. 18 del mismo texto normativo, en lo que tiene relación a la “fuerza irresistible”; en mi opinión esta no prevé nada más que un caso de estado de coacción, apoyándome del criterio del Dr. Ernesto Albán, quien claramente dice: “La coacción moral significa que la **vinculación** de la persona con el acto realizado está viciada por un elemento extraña que determina la voluntad (el resaltado es mío)”²⁷³ siendo un claro ejemplo de una expresión de la culpabilidad psicológica²⁷⁴; por ende su fundamento no radica en la “inexigibilidad de otra conducta”, por cuanto esta categoría tiene su razón de ser en la culpabilidad normativa.

2.8.1 En busca de una solución

Después de haber descrito nuestra opinión, la cual fue dada estrictamente en base a lo prescrito por el Código Penal ecuatoriano, debo dejar en claro que esta quedaría incompleta si no tomamos en consideración a la Constitución de la República, la cual en su Art. 424 determina que:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por

²⁷³ ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Op. Cit. p. 204.

²⁷⁴ Además de que la coacción es sólo una forma de estado de necesidad de conformidad con lo que señala el penalista colombiano Fernando Velásquez al mencionar: “Esas condiciones se infieren del Art. 32 en sus numerales 7, incisos 1º y 8, el último de los cuales consagra una forma de estado de necesidad, al señalar que no es responsable quien “obre bajo (sic) insuperable coacción ajena”; por coacción se entiende la acción de quien constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa (Código Penal, artículo 182), lo que pone de manifiesto que la eximente en estudio beneficia al coaccionado y no al coaccionador. Por supuesto, aquí se hace referencia al apremio insuperable o vis compulsiva excluyente de la culpabilidad y no a la justificante (que también dimana del Art. 32 numeral 7, inciso 1º). VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Tercera Edición. Op. Cit. p. 422

*el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*²⁷⁵

Dentro de la cual a su vez se establecen varias normas que darían lugar al reconocimiento del principio de culpabilidad, como será explicado en el capítulo siguiente.

Es sobre esta base que podemos encontrar una culpabilidad normativa, pues esta es reprochabilidad; *lo que* a su vez nos permite encontrar una solución al problema de determinar la existencia de estado de necesidad justificante dentro de la redacción del Art. 24 del Código Penal, bajo la aplicación directa del principio de culpabilidad en el caso concreto.

2.8.1.1 De acuerdo a una aplicación directa del principio de culpabilidad

Si bien de la sola redacción del Art. 24 en concordancia con el Art. 32 del Código Penal, no podríamos sino afirmar que su redacción comprende una mera causa de inculpabilidad, sin posibilidad a ofrecer otra salida. Podemos de igual manera acotar que esta interpretación, al estar al margen de la Constitución de la República, se encuentra incompleta; pues de la aplicación del principio de culpabilidad y demás principios y derechos constitucionales que lo sustentan, como son el reconocimiento de la dignidad humana, el derecho a la libertad, y por supuesto, el derecho a la legalidad de los delitos y las penas, se puede sustentar una interpretación a partir del Art. 24 del Código Penal que permita aplicar en el caso concreto, la institución del estado de necesidad exculpante.

Acerca de lo antes mencionado, se ha expresado el escritor chileno, Eduardo Novoa Monreal, quien refiriéndose al estado de necesidad en el que chocan dos bienes del mismo valor, acerca del Código Penal Chileno manifiesta que: “hallándose reducido el estado de necesidad de que trata el artículo 10 No. 7 del C. Penal²⁷⁶, a ciertos casos de estado de necesidad en que se libra un bien más valioso, no quedan sino dos posibilidades dentro de una exégesis de la ley

²⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador.

²⁷⁶ Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes^{1.ª} Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. ^{2.ª} Que sea mayor que el causado para evitarlo. ^{3.ª} Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. Código Penal Chileno.

vigente: o se impone responsabilidad plena por no existir eximente alguna que trate la cuestión (salvo que se trate de una situación en la que se haga presente un miedo insuperable...), o se admite la irresponsabilidad por aplicación de los principios generales del Derecho, que el legislador chileno admite en gran parte, según puede deducirse del contexto de las disposiciones penales.”.²⁷⁷

Esta posición nos permite admitir que ante la aplicación directa del principio de culpabilidad²⁷⁸, es admisible eximir de pena a la persona que se halle en una situación de inexigibilidad de otra conducta, como lo es el estado de necesidad exculpante. No sólo porque nuestro ordenamiento jurídico permite al juzgador la aplicación de los principios generales del derecho²⁷⁹, sino porque la Carta Magna de la República en su Art. 11. Numeral 3 prescribe que: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora y servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

CAPITULO III

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y ESQUEMA FINALISTA DEL DELITO

3.1 Fundamento Constitucional de la Culpabilidad y el Estado de Necesidad Exculpante

3.1.1 Constitución y Culpabilidad

3.1.1.1 Introducción

²⁷⁷ NOVOA Monreal. Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno Tomo I. Op. Cit. p. 640.

²⁷⁸ Constitución de la República; 11.7.- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

²⁷⁹ Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial.- Principio de la obligatoriedad de administrar justicia.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan la materia.

Como ya se explicó anteriormente el juicio de culpabilidad consiste en la comprobación sobre la posibilidad del agente para conformar su voluntad de acuerdo a la comprensión de lo ilícito, ya que era capaz de aquello y de todas maneras actuó contrariamente.

Sobre este punto de estudio es preciso recurrir a las afirmaciones del Tribunal Federal Alemán, el cual sostuvo que:

*La pena requiere la culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprochará a autor que él no ha adecuado su conducta a la medida del Derecho, que se ha decidido a favor del injusto, aunque habría podido decidirse a favor del Derecho y que su conducta fuera a la medida de lo jurídico.*²⁸⁰

De la misma manera esta judicatura manifiesta que el fundamento intrínseco del reproche de culpabilidad se encuentra en que el hombre es libre, responsable y éticamente autónomo y por ello tiene la posibilidad de actuar conforme a derecho, en contra del injusto, evitando de esa manera la prohibición; o en su caso puede decidirse por el injusto.²⁸¹

3.1.1.2 Desde la perspectiva del Derecho Constitucional

Desde la perspectiva del Derecho Constitucional se ha hecho cargo Ivo Appel, quien acerca de este tópico manifiesta que el Derecho Constitucional representa un límite a la pena estatal, afirmando que la rehabilitación de la norma es la función de la pena en el orden jurídico. Esta labor debe tener como requisito el reconocimiento de la dignidad de la persona y como punto de partida la norma de conducta promulgada por el legislador; pues cuando a causa de una conducta ha sido puesta en duda, debe efectuarse el proceso de rehabilitación de la misma, según la pretensión de la proposición del fundamento de la culpabilidad; siendo juzgado el agente en la medida de su responsabilidad, capacidad y posibilidad.²⁸²

²⁸⁰ DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. pp. 52.

²⁸¹ Cfr. Ibíd. p. 52

²⁸² Cfr. Ibíd.. 51-53.

Si bien esta parece ser una discusión de penalistas, la culpabilidad como requisito de la pena es una noción que debe reproducirse en el Estado de Derecho, pues en un orden constitucional debe exigirse al estado ciertas condiciones para su intromisión en el ámbito de sus ciudadanos, empezando por su neutralidad. Ahora si bien el estado debe defender de la intervención sancionadora, la cuestión está en la medida de su reacción ante la amenaza de lesión a la norma. Es en este plano es que la culpabilidad como principio presta su servicio pues evita que la carga alcance a la persona que no tiene ninguna responsabilidad. De este modo es que el Estado constitucional no debe intentar rehabilitar la norma a cualquier precio sino esa función debe mostrar una especial relación entre el sujeto y la norma lesionada. Es decir estatuyendo el estado a través de la conducta previa la posibilidad que la conducta que se reprocha haya podido ser conducida y esto supone la capacidad del agente de actuar conforme la norma de derecho.²⁸³

*En resumen, se trata de un criterio de imputación que es sostenido desde la Constitución— en este caso se refiere a la alemana, pero sin duda se aplica a cualquier otra de las llamadas occidentales--, que exige la responsabilidad del autor. De esta forma se exige una conexión jurídica entre la conducta que lesiona y la norma lesionada, ni más, ni obviamente menos.*²⁸⁴

Al respecto de la culpabilidad en el orden constitucional Sebastián Soler manifiesta:

Que no es un invento más o menos afortunado de una mente de un determinado momento de la historia, sino que, como dice von Ihering al tratar el mismo problema con respecto al Derecho Civil, es una de las más altas conquistas de la cultura humana a través de milenios. Esta afirmación de Von Ihering no es por cierto excesivamente ambiciosa, porque de lo que se trata es del resultado, acaso no plenamente alcanzado todavía, de la cultura evolucionando en el mundo y por cuya virtud el ser humano llega a ser tenido por el derecho como un ser dotado de intimidad, de personalidad, de espiritualidad y que se caracteriza por ello; es decir la conquista del principio “no hay pena sin culpabilidad” representa en realidad, el definitivo rechazo de toda forma objetiva de responsabilidad por la que en el fondo el hombre viene a ser tratado casi como una cosa en el mundo físico o como un animal más. El concepto “no hay pena sin culpabilidad” es la expresión más alta en el Derecho de este

²⁸³ Ibíd. pp.53-54.

²⁸⁴ Ibíd. p. 54.

proceso de dignificación del ser humano”²⁸⁵. Así mismo cita: “ Es principio fundamental el de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente. Respecto de los delitos debe observarse la regla según la culpa no puede admitirse la existencia de una responsabilidad penal sin culpa.”²⁸⁶

3.1.2 Nulla poena sine culpa

3.1.2.1 El principio “no hay pena sin culpabilidad” desde una mirada finalista.

3.1.2.1.1 Introducción

El principio de culpabilidad, es aquel que permite valorar el comportamiento de la persona, no únicamente como la causa de un efecto, como antes se interpretaba bajo la influencia de un pensamiento mecanicista derivado del esquema causalista de la acción. De igual manera, este principio es de gran utilidad, pues racionaliza el pensamiento penal al traernos dos nuevas consecuencias: a) que nadie sea imputado si no podría haber previsto el resultado de su acción y b) que la persona no sea imputada si no podía haber actuado conforme a derecho.

A fin de sustentar lo manifestado, pongo a consideración del lector, el pensamiento del tratadista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien acerca del principio de culpabilidad señala que:

*(...) El principio de culpabilidad es el más importante de lo que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para el bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante. En este sentido, es válida la distinción entre un modelo de derecho penal autoritario y lo que, en realidad, es un derecho penal irracional, que imputa sin presuponer ni delito, ni ley.*²⁸⁷

²⁸⁵ Ibíd. p.55.

²⁸⁶ Id.

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 139.

Pero si bien la exclusión del caso fortuito (imputación por la mera causación) es un paso necesario para satisfacer el requisito de reconocimiento jurídico penal de la persona (y por ende del principio de culpabilidad y del estado de derecho) no es suficiente: la imputación no puede ser absolutamente irracional, es decir, que requiere un momento más específico, para el cual proporciona fundamento expreso el Art. 19 CN, mediante la reserva legal. A nadie pueden imputársele acciones prohibidas (a) si no ha tenido la posibilidad cuando menos de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer la conminación penal de ella y la adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta. Si bien es mucho más irracional pretender imponer una pena por un resultado fortuito, no por ello deja de presentar un intolerable grado de irracionalidad pretender penar por un resultado querido o previsto, cuando su agente no pudo conocer la prohibición o no pudo evitar la conducta. El principio de culpabilidad abarca ,pues, los dos niveles: el de exclusión de cualquier imputación de un resultado accidental no previsible (caso fortuito) y el de exclusión de punibilidad por no haber podido conocer la conminación o adecuar su conducta a derecho²⁸⁸.

3.1.2.1.2 Fundamento

Podemos encontrar el fundamento del principio de culpabilidad, en nuestra Carta Magna, o ley suprema llamada Constitución. Siendo esta norma aquella que reconoce y pone en relieve superior los derechos, principios y garantías fundamentales, sobre las cuales se asienta, entre los que se encuentran: a) el derecho a la libertad; b) la legalidad de los delitos y penas; y c) la dignidad humana.

Acerca de este particular se ha expresado el autor español Enrique Bacigalupo, quien refiriéndose a la Constitución Española en relación al principio de culpabilidad manifiesta:

Los fundamentos del principio de culpabilidad son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE²⁸⁹). Su jerarquía constitucional deriva de esta vinculación con las bases del orden político español y ha sido categóricamente reconocido por la STC 150/91²⁹⁰, en la que, sin embargo, no se ha establecido claramente de donde surge tal reconocimiento.²⁹¹

²⁸⁸ Ibíd. p. 140.

²⁸⁹ Constitución Española

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 150/29.

²⁹¹ BACIGULAPO. Enrique. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 159.

Además se debe mencionar que como consecuencia del reconocimiento y consiguiente aplicación del principio de culpabilidad se debe excluir la legitimidad de aquella pena que no tenga como base la culpabilidad del autor y que no exceda la gravedad equivalente a ésta; evitando de esta manera, que una persona pueda ser tomada como un medio para la realización de un fin. Es decir se propone proteger la dignidad de la persona.²⁹²

Radicanado consecuentemente la esencia de este principio no en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera. En este sentido se expresa el Tribunal Constitucional Español en su sentencia No. STC 150/91²⁹³ que señala, que la Constitución Española consagra sin duda un principio básico del derecho penal, dando por ilegítimo el derecho penal de autor, que determina la pena según la personalidad del Agente y no según su culpabilidad.²⁹⁴ (Concepto que es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico). “De estas consideraciones de la STC 150/91 se deduce que si la culpabilidad tiene estos efectos en relación a la determinación de la pena, es porque implícitamente se la reconoce también como un presupuesto de la pena, es decir como una condición de la responsabilidad penal”.²⁹⁵

3.1.2.1.3 Efectos de este principio

El principio de culpabilidad, produce varios efectos dentro del esquema general del delito, entre los cuales podemos mencionar: a) que la sanción penal sólo puede alcanzar al partícipe del delito, mas no a terceros; b) que se excluye la responsabilidad objetiva; c) que la sanción debe responder a la medida de la culpabilidad.

En este sentido se ha expresado el tratadista colombiano, Fernando Velásquez, quien mayormente, con fundamento en lo dictado por la Corte Constitucional de su país, manifiesta que el principio de culpabilidad:

²⁹² Cfr. Ibíd. p. 159.

²⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español NO. 150/29

²⁹⁴ Cfr. Ibíd. p. 160.

²⁹⁵ Id.

Posibilita la imputación subjetiva de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa; el delito, en consecuencia, solo es concebible como el hecho de un autor y—como producto de ello —la sanción debe ser individual o estrictamente personal, y alcanzar únicamente a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, más no a terceros, así se hallaren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc. (Corte Constitucional, sentencia C-239 de 20 de mayo 1997).²⁹⁶

En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo que se excluye la responsabilidad objetiva o por el mero resultado; de aquí dimana la categoría dogmática de la culpabilidad —a veces llamada responsabilidad, pese a las diferencias entre ambos conceptos en la teoría general del derecho —acorde con la cual solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos (sobre ello, Corte Constitucional, sentencias C-597 de seis de noviembre 1996 y C- 626 de 21 de noviembre 1996).²⁹⁷

En tercer lugar, la sanción no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa, en sus distantes modalidades hasta el dolo, y en algunas legislaciones (...) llegan a figuras complejas que aglutinan ambas formas de conducta punible, como sucede en la preterintención.²⁹⁸

(...)En cuarto lugar, este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto. Cuando el juzgado persigue imponer una sanción justa debe hacerlo según el postulado constitucional de la igualdad, gracias al cual es posible tratar de manera diversa lo disímil; y ello parece obvio porque, para imponer la pena, es necesaria distinguir dentro del juicio de exigibilidad normativa las diversas modalidades de conducta punible (dolo, culpa, preterintención), de tal manera que las consecuencias jurídicas imponibles se correspondan de forma proporcionada con dichos distinguos. Por este camino, pues, el axioma de culpabilidad posibilita la vigencia del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, ya examinado, con lo que se incardinan claramente los axiomas de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad, que se tornan en columnas vertebrales de la tarea de medición de la sanción penal.²⁹⁹

3.1.2.1.4 Relación del principio de culpabilidad y el elemento del delito culpabilidad.

²⁹⁶ VELÁSQUEZ. Fernando. Manual de Derecho Penal Tercera Edición. Op. Cit. p.53

²⁹⁷ Id.

²⁹⁸ Id.

²⁹⁹ Ibíd. p. 53-54.

La relación del principio de culpabilidad y la categoría dogmática de la culpabilidad, se la puede apreciar de la influencia que ha ejercido el principio antes nombrado dentro del esquema finalista del delito, tal como se ha descrito en los subtítulos anteriores de este capítulo, especialmente dentro del elemento culpabilidad, el mismo que respeta y desarrolla sus postulados, que son básicamente: el reconocimiento de la persona a autodeterminarse, la prohibición de una responsabilidad objetiva y su contenido como juicio de reproche en base a la posibilidad del agente de haber podido cumplir con el ordenamiento jurídico.

Esta influencia del principio de culpabilidad en el esquema del delito, da como resultado a lo que llamamos un derecho de culpabilidad del mismo que se puede mencionar que:

(...)En primer lugar, afirma la existencia de la culpabilidad humana, pues el delincuente puede autodeterminarse libremente (libre albedrío); en segundo lugar, en conexión con lo anterior, postula la legitimidad del Estado para adoptar la culpabilidad humana como fundamento que permite censurar al transgresor de la norma la comisión de comportamientos antijurídicos culpabilidad es reprochabilidad) Así mismo, en tercer lugar, asegura que esto último autoriza al Estado a ejercer la potestad de la retribución judicial, y se le puede ocasionar al infractor un mal(la pena), correspondiente al grado de su culpabilidad (derecho la retribución judicial); y, en cuarto lugar, estima que la pena retributiva es el medio más eficaz para reprimir los comportamientos delictivos (función retributiva de la pena). Estos son los cimientos sobre los que se levanta el derecho punitivo, erigido bajo la sombra del legendario postulado “no hay pena sin culpabilidad”.³⁰⁰

3.1.3 Constitución Ecuatoriana y el fundamento del Estado de Necesidad exculpante

3.1.3.1 Introducción

Los principios que se describirán a continuación son aquellos que fundamentan al principio de culpabilidad, el cual como vimos de los subtítulos anteriores (cuando se trató al principio de culpabilidad en esencia), ha ejercido una influencia importante en la construcción de una teoría finalista del delito, en especial a su categoría dogmática “culpabilidad”. Pues tal como fue descrito en el

³⁰⁰ Ibíd. p. 402.

primero de los capítulos de esta disertación, tiene como esencia la normatividad, consistiendo básicamente en un juicio de reproche que se realiza sobre el agente, ante la base de su posibilidad de haber actuado conforme a derecho.

3.1.3.2 Dignidad Humana

3.1.3.2.1 Introducción

Como vimos según lo señalado por Bacigalupo, el principio de culpabilidad, el cual como dijimos ha influenciado de modo importante al esquema del delito finalista, tiene su fundamento en la dignidad humana.

Por ello a fin de fundamentar esta hipótesis, a continuación se describirán el concepto y contenido de la dignidad humana; además de que se señalará en que norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra reconocida.

3.1.3.1.2 Carácter Esencial

Como lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, los derechos humanos son aquellos que corresponden al ser humano, como poseedor de una inimitable identidad, caracterizada por la racionalidad que le permite cumplir con sus deseos libremente. De ahí que a toda persona se le reconozca una dignidad, la dignidad humana, la cual lo coloca en una situación superior al resto del universo que lo rodea y la que la hace acreedora de derechos que permiten desarrollar su personalidad.³⁰¹

La dignidad humana es la condición imprescindible de toda persona, cuya renuncia o lesión le rebajará a un nivel incompatible con su naturaleza. Pues el ser humano es un fin en si mismo, no puede ser considerado como instrumento de

³⁰¹ VILA Casado, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Legis Editores S. A. Bogotá-Colombia. 2007. p. 466.

nada ni de nadie. El ser humano tiene derecho a la autodeterminación, a la libertad de decisión, pues de otra manera habría degradación de su condición.³⁰²

3.1.3.1.3 La dignidad Humana piedra angular de los derechos humanos

La Constitución española en su artículo 10 dispone que la “dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”³⁰³

Norma que tiene similar redacción con la prevista en el Art. 11.7 de nuestra Carta Magna que manifiesta:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Esta afirmación, como podemos apreciar, sigue el principio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo preámbulo fundamentan, la libertad, justicia y la paz en el reconocimiento de la dignidad intrínseca a todos los seres humanos y de sus derechos.³⁰⁴

Aparece entonces la dignidad humana como principio fundamental de referencia, y sustento del los derechos y libertades reconocidos en la Constitución³⁰⁵; de esta forma se expresa el Tribunal Constitucional Español manifestando que:

³⁰² Ibíd. p. 466-467.

³⁰³ Constitución Española, en SÁNCHEZ González. Santiago. Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales- Tirant lo Blanch. Valencia- España. 2006. p. 23.

³⁰⁴ SÁNCHEZ González. Santiago. Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales- Tirant lo Blanch. Valencia- España. 2006. p. 23-24.

³⁰⁵ Ibíd. p.24

“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.³⁰⁶

Lo cual nos lleva a preguntarnos sobre la trascendencia de la aceptación de este principio dentro del marco positivo del estado, a lo cual el mismo Tribunal Constitucional Español, manifiesta que:

La dignidad (es) un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima, que en cuanto ser humano, merece la persona”.³⁰⁷

De esta manera es que la dignidad humana cumple su función legitimadora, promocional, y la de servir de pauta interpretativa de las demás normas del ordenamiento jurídico.³⁰⁸

3.1.3.2 La libertad y libre desarrollo de la personalidad

Como bien se dijo anteriormente, el principio culpabilidad y consiguientemente la categoría dogmática del delito conocida como culpabilidad tiene su asiento en la dignidad humana, en la libertad y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ahora veremos en que consisten estos conceptos y cual es su relación con la culpabilidad normativa que tiene su fundamento en el principio “no hay pena sin culpabilidad”.

3.1.3.2.1 La libertad

Al respecto David Hume manifiesta que:

Por Libertad no podemos significar más que un poder de obrar o de no obrar según la determinación de la voluntad, esto es, que si deliberamos permanecer firmes podemos hacerlo y si deliberamos movernos, lo podemos hacer igualmente³⁰⁹.

³⁰⁶ Tribunal Constitucional Español, en Ibíd. p. 24.

³⁰⁷ Ibíd. p. 25.

³⁰⁸ Cfr. SÁNCHEZ González. Santiago. Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales. p. 25.

De todas maneras, pese a la claridad de lo expuesto, se ha puesto en duda este determinismo expuesto aquí por el filósofo antes nombrado, sin embargo:

Según Schünemann la forma como se pone en duda el libre albedrío humano, en especial en Derecho penal, se constituye en irreal pues, el libre albedrío no es sólo un mero dato biofísico, es una parte de la reconstrucción de la realidad social, al menos en la cultura occidental. Podemos también decir que inclusive en las lenguas, en especial las indogermánicas se encuentra una visión del mundo arraigada al libre albedrío. Así mismo se ratifica el mismo autor manifestando, que el libre albedrío se encuentra en las estructuras elementales de la sociedad. De modo que sería imposible practicar un Derecho penal que no reconozca el libre albedrío, lo cual se puede clarificar con el siguiente ejemplo³¹⁰:

En el caso del juez que, frente a la objeción del acusado de que no podía ser condenado porque no existía el libre arbitrio, le replicó que como juez también carecía de libre arbitrio y no podía hacer otra cosa que condenarlo. Y Agrega Schünemann: Con esta apostilla se alude a la aporía irresoluble del determinismo jurídico-penal, el cual –aplicado al propio juez penal – conduciría a una renuncia del carácter normativo del ordenamiento jurídico en su totalidad, acabando en un cambio de paradigma incompatible tanto con las premisas culturales del Derecho Penal, como una estructura fundamental de nuestro Derecho.³¹¹

Al respecto y fundamentando lo dicho aparece el autor alemán Joachim Hirsch, quien señala que:

“Si el derecho debe servir al hombre, entonces, deberá tomarlo como él se entiende a sí mismo. Si no, desembocaría en el vacío. Dado que el hombre se siente fundamentalmente libre, este fenómeno debe conformar el punto decisivo. Esto no significa que el hombre no pueda verse expuesto a coacciones o influencias, las que evidentemente, juegan su rol. Pero la experiencia muestra que él también puede resistir, renovadamente a fuertes presiones externas. A esto corresponde la idea general de que al hombre le queda, fundamentalmente, un ámbito de libre determinación por eso, el hombre se autodefine,

³⁰⁹ ABBAGNANO. Nicola. Diccionario de Filosofía – Primera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. Bogotá-Colombia. p. 746.

³¹⁰ Cfr. SCHÜNEMANN. En DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. pp. 40-42..

³¹¹ SCHÜNEMANN. En DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. p. 42.

*justamente como un ser libre y responsable. También su lucha permanente por el ideal de la libertad, con frecuencia plena de sacrificios, prueba de esto cabalmente.*³¹²

Por ello al derecho y al ordenamiento jurídico le quedan solamente orientarse por esta visión del mundo y con ello aceptar la idea de la libertad de la voluntad, como fundamento de la autogeneración del hombre.³¹³

Cuestión que queda plenamente reconocida en nuestra Constitución, en su Art. 66, pero específicamente en su Art. 66. 29 a), que prescribe: “Se reconoce y se garantizará a las personas: a) el reconocimiento de que todas las personas nacen libres.”³¹⁴

3.1.3.2.2 El libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad, es uno de los aspectos del derecho a la libertad de los seres humanos, del cual plenamente se puede encontrar asidero para el principio de culpabilidad, pues sin el reconocimiento de la persona como un ser autónomo, que puede fijar sus metas y escoge su modo de vida, no podría fundamentarse este principio antes mencionado.

Ahora para mayor claridad y conocimiento del lector, pongo en consideración la sentencia No. T-594-93 emitida por la Corte Constitucional Colombiana, quien definió al concepto de libre desarrollo de la personalidad de la siguiente manera:

La personalidad es la trascendencia de la persona; en virtud de ella exterioriza su modo de ser, que es único e irrepetible. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su primera acepción, dice que la personalidad es la singularización, el distintivo de la persona. Por tanto, el desarrollo de la personalidad ha de entenderse como la realización del proyecto vital, que para sí tiene el hombre como ser autónomo. Ahora bien, el libre desarrollo de la personalidad tiene un fundamento, y es la autonomía del hombre como persona. La autonomía personal no es cosa distinta a la autoposesión que el hombre tiene de sí, como señor de sí (Domino), como ser sui generis. Es, entonces, obvio que un ser de tal naturaleza

³¹² HIRSCH, Joachim, En DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. p. 43.

³¹³ Cfr. Id.

³¹⁴ Constitución de la República del Ecuador.

sea autónomo (que tenga su propia norma de vida). La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público. Desde el punto de vista jurídico, se entiende la personalidad como la capacidad que se le reconoce a un ser sujeto de derechos y obligaciones, limitada por el interés general y el orden público. Es, pues, la situación que la persona tiene en relación con la sociedad civil y con el Estado. Posición que es posible -escribe el jurista argentino Carlos Cossio- porque "el hombre no es tiempo, está en la sociedad, y esta posición suya en la comunidad y en la historia es la que determina los estados de su personalidad, que no se agota en tal relación, sino que es substancia"³¹⁵.

3.1.3.2.3 Relación con la culpabilidad finalista con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad

La culpabilidad como ha sido descrita en el esquema finalista y sobre todo respetuosa del principio "no hay pena sin culpabilidad", es una culpabilidad de autor, entendida como reproche por haber actuado contra la norma establecida; pues quien habla de culpabilidad, necesariamente habla del hombre y su libertad; del hombre y el orden normativo que comparte; orden que debe comprender, a fin de que pueda actuar conforme a sus mandatos y prohibiciones. Es culpable quien sabe que actúa en contra del orden normativo; en este sentido se puede afirmar que son consustanciales a la culpabilidad: la libertad y de manera consiguiente la comprensión de la antijuridicidad.³¹⁶

Así la culpabilidad normativa tiene una relación con el hecho y con la pena; su fundamento no se encuentra en fuerzas causales, sino en la persona. Lo que le da sentido a la expresión de que no hay pena sin culpabilidad, desapareciendo de esa manera el concepto de peligrosidad.³¹⁷

³¹⁵ Sentencia No. T-594/93- Corte Constitucional Colombiana. Derecho a libre desarrollo de la personalidad. <http://www.trans-ser.com/files/senten.pdf>. Acceso: 27 de agosto de 2011.

³¹⁶ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. p. 12-15.

³¹⁷ Ibid. p. 24.

Efectivamente y haciendo relación con toda la teoría del delito, ya se habló de la libertad del sujeto en el primer nivel de imputación. Es decir, en verificar si éste pudo manejar la causalidad hacia un fin y poder actuar de manera distinta. Ahora la culpabilidad es aquella imputación de segundo nivel, en donde se hace un examen de la libertad análogo al anterior, sin embargo en este punto se trata sobre la posibilidad de que el agente haya tenido la posibilidad de actuar de otra manera (es decir conforme a derecho), cuando ha valorado que la conducta realizada era prohibida.³¹⁸

La culpabilidad en consecuencia ya no tiene la función de percibir, de ser una mera categoría psicológica, sino la de juzgar; estando ligada al de la justificación de la pena cuando se fundamenta en la libertad del sujeto, entendida como posibilidad del manejo causal.³¹⁹

Así lo afirma Edgardo Alberto Donna, quien casi a forma de conclusión de este punto manifiesta:

*En este punto debemos hacer una reflexión que el lector encontrará más de una vez repetida. Si la pena exige culpabilidad, ésta tiene que aceptar de alguna manera al sujeto libre. De este modo, la posibilidad de imputar, como se ha visto, aparece limitada y es más acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho, con base en las libertades individuales. En contraposición, si ello se niega, por cualquier razón, entre ellas las opiniones que sostiene que la libertad no es posible ser demostrada de manera científica ya que no tiene verificación empírica, entonces no hay otra alternativa que recurrir a los criterios de prevención, ya sea especial o general, para llenar la culpabilidad y con ello fundamentar la pena. En este punto no se debe esconder el problema, ya que con ello la pena queda sujeta, entonces, a los fines de la política criminal del Estado, que como bien se sabe puede o no ser democrático y social, con base liberal.*³²⁰

3.1.3.2 Principio de legalidad

3.1.3.2.1 Introducción al principio de legalidad

³¹⁸ Cfr. Ibíd. p. 28.

³¹⁹ Cfr. Ibíd. p. 30

³²⁰ Ibíd. p. 31.

Las única fuente del Derecho Penal ecuatoriano constituye la ley, por expresa disposición de la Carta Magna que prescribe:

*Art. 76.3.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Nadie podrá ser juzgado y sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)*³²¹

Con ello se deja en claro que la condena penal, (la cual supone la realización de un hecho criminal, y la declaración judicial de una sanción para el actor activo de este ilícito) no puede recaer sobre un ciudadano, de manera legítima a menos que haya existido con anterioridad al hecho, una ley que autorice la imposición de la pena por esas acciones.³²²

Este principio de igual manera se encuentra consagrado en el Art. 2 tanto del Código sustantivo como del Código de Procedimiento penal, conteniendo un texto idéntico que prescribe lo siguiente:

*Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto(...)*³²³

Por lo que finalmente podemos acotar que:

*Estas garantías protegen contra posibles abusos o arbitrariedades de la autoridad, condicionando la imposición de sanciones de tanta gravedad como son las penales a la existencia de una ley previa que precise el hecho delictuoso y fije la pena que le corresponde.*³²⁴

3.1.3.2.2 Relación con la culpabilidad finalista

La culpabilidad tiene directa relación con el principio de legalidad. Es más, no existe como tal, sino con relación a la legalidad penal. Y si toda la teoría del delito es una imputación al

³²¹ Constitución de la República del Ecuador.

³²² Cfr. NOVOA Monreal. Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno Tomo I. Op. Cit. p. 112

³²³ Código Penal ecuatoriano.

³²⁴ NOVOA Monreal. Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno Tomo I. Op. Cit. pp. 113-114.

*autor de su acción y del resultado de esa acción, es claro que en un momento dado se exige que este autor haya tenido la posibilidad real de conocer su injusto. Es absurdo imputar un hecho ilícito a alguien que no haya sabido que su accionar era violatorio de la ley. Para ello es necesario que tenga la capacidad de poder comprender la ilicitud de su conducta, y además pueda actuar en consonancia con esa comprensión. En otras palabras, quien no entienda que su acción es ilícita por diversas razones –problemas de enfermedad mental, error–, o, entendiendo, no pueda actuar también por diversas razones – **lo que se llama el estado de necesidad exculpante, la no exigibilidad**–, no está en condiciones de ser sujeto de imputación y por ende tampoco de que se le imponga una pena. Tan sencillo como complejo es el asunto, porque toda la teoría del delito se juega en este tema.³²⁵ (el resaltado es mío)*

3.2 La libertad de la persona y la teoría final de la acción

3.2.1 Teoría de la Acción Final y el reconocimiento de la libertad de la Persona

3.2.1.1 La acción final

3.2.1.1.1 Introducción

Para bien o para mal, toda la vida en sociedad está regida sobre la actividad final del hombre; esto significa que todos sus miembros, podemos actuar conscientes del fin, eligiendo los medios para su obtención y poniendo en movimiento esta conciencia. A esto llamamos “acción”; lo que se diferencia del simple hecho de la naturaleza que transcurre causalmente y “ciegamente”. Esta posibilidad de elegir el fin sobre la base del saber causal y el poder realizar estos fines de acuerdo a un plan trazado, posibilitan al ser humano, su peculiaridad, su plenitud y la vastedad de su existencia histórica, de su cultura y de su civilización.³²⁶

3.2.1.1.2 El concepto de acción

³²⁵ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Op. Cit. pp. 10-11.

³²⁶ Cfr. WELZEL. Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Op. Cit. p. 37-38.

“Acción humana es ejercicio de acción final.”³²⁷ La acción por lo tanto no es un mero proceso causal, pues esta se fundamenta en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever las consecuencias posibles de su accionar; y por ello disponerse a ciertos fines, de modo que dirija su actividad hacia ese objetivo definido en base a un plan, sobredeterminando, o más bien dicho superando al mero acontecer causal exterior, que caracteriza a los hechos de la naturaleza.³²⁸

Una vez explicado el concepto de acción final es preciso reconocer dentro de ella que la dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas: la primera que transcurre totalmente dentro de la esfera del pensamiento con: a) la anticipación en donde la persona elige un fin y b) la selección de los medios de la acción para la consecución de un fin; en donde el autor sobre la base de su saber causal determina cuales son los factores requeridos para el logro de su objetivo, inclusive aquel movimiento que desencadene el proceso causal. Así mismo, debo acotar que estos medios siempre van unidos a otros efectos además del fin perseguido, los cuales se conocen como “concomitantes”. Este proceso mental se lo lleva a cabo no desde el fin, sino hacia adelante a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que puede traer como consecuencia, pudiendo inducir al agente a evitarlos o aceptarlos como consecuencia necesaria de los hechos. La segunda etapa es aquella en la cual se pone en movimiento el plan, los medios de acción escogidos con anterioridad, teniendo como resultado el fin conjuntamente con los efectos concomitantes.³²⁹

Sin embargo es preciso añadir, que si el agente tuviera en mente, o si pudiera calcular la producción de todas las consecuencias posibles y desconocidas, seguramente no actuaría en absoluto. El actor en realidad tiene que confiar en una forma indeterminada que no se producirán muchas posibilidades conocidas y desconocidas.³³⁰

Esta confianza en la no producción de consecuencias posibles pertenece a la acción humana del mismo modo que la dirección final configuradora del futuro. Por ello quedan

³²⁷ Ibíd. p. 39.

³²⁸ Cfr. Ibíd. p. 39-40.

³²⁹ Cfr. Ibíd. p. 40-41.

³³⁰ Cfr. Ibíd. p. 42.

*fuera del contenido de la acción final de acción todas aquellas consecuencias concomitantes consideradas como posibles, que el actor confía que no se producirán y pertenecen a ella sólo aquellas consecuencias con cuya producción él cuenta.*³³¹

*En contraste con la relación causal, en la cual toda las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecen a la relación final sólo aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de realización. No existe una acción final “en si” o “absoluta”, sino solamente en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización.*³³²

3.2.1.1.3 La acción en el derecho penal

*La estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final.*³³³

Del conjunto de las acciones humanas, el ordenamiento jurídico elige y prohíbe aquellas en las cuales la voluntad de realización está dirigida a un resultado definido, no socialmente deseado; siendo este modelo el principal de los tipos penales: los delitos dolosos de comisión.³³⁴

Así mismo el ordenamiento jurídico se ocupa también de acciones finales no tanto respecto del resultado, sino en cuanto el actor confía en la no producción de determinados resultados socialmente no deseados. En estos casos la normativa espera que el autor emplee en la elección final y en la aplicación de estos medios de acción un mínimo de dirección final, esto es “el cuidado requerido en el ámbito de relación”, para evitar ciertos efectos no queridos y no deseados socialmente. Por ello se encuentran prohibidos las ejecuciones de acciones cuya realización no tome en cuenta el cuidado requerido en el ámbito de la relación, para evitar efectos sociales no deseados y las castiga con una pena, cuando el resultado se ha producido. Estos son los delitos culposos de comisión.³³⁵

³³¹ Ibíd. p. 42.

³³² Ibíd. p. 43.

³³³ Ibíd. p. 44.

³³⁴ Cfr. Id.

³³⁵ Cfr. Id.

De igual manera en una proporción mucho menor, la legislación prohíbe la ejecución de acciones con el objeto de conservar un estado socialmente deseado y protegido por la norma (bien jurídico), conminando con una pena dichas acciones. Estos son los tipos de delito de omisión.³³⁶

3.2.2 Efecto en el elemento Culpabilidad dentro del Esquema Finalista del Delito

3.2.2.1 Antijuridicidad y Culpabilidad

La culpabilidad añade un nuevo elemento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito, pues como ya vimos, la antijuridicidad surge de aquella contradicción del acto con el ordenamiento jurídico; es decir de aquella realización de la voluntad disconforme con la expectativa dentro del ámbito social que ha sido planteado en la normativa.³³⁷

Sin embargo la culpabilidad va más allá de este juicio de disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico, ya que sienta las bases del reproche personal contra el autor, en el sentido de que éste no omitió la acción antijurídica cuando estaba en la posibilidad de hacerlo, es decir podría haber observado las exigencias del derecho y motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder en lugar de ello”, se encuentra el fundamento de la culpabilidad.³³⁸

3.2.2.2 Culpabilidad y voluntad

El objeto primario de la culpabilidad es la voluntad, pues a través de esta el agente dirige su conducta de acuerdo a la norma. Culpabilidad por lo tanto es “reprochabilidad” de la configuración de esta voluntad, lo que significa que todo lo que el hombre puede hacer voluntariamente le puede ser reprochado.³³⁹ Teniendo como presupuestos de esta reprochabilidad, las siguientes premisas:

³³⁶ Cfr. Ibíd. p. 45.

³³⁷ Cfr. Ibíd. p.166.

³³⁸ Cfr. Id.

³³⁹ Cfr. Ibíd. p. 167.

1. "Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la "imputabilidad)." ³⁴⁰
2. "Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto)." ³⁴¹

3.2.2.3 Culpabilidad y libre albedrío

Dentro de la problemática del libre albedrío se pueden distinguir tres aspectos diferentes: el antropológico, el caracterológico y uno categorial. ³⁴²

3.2.2.3.1 Aspecto antropológico.

Como conocemos la teoría de la evolución, creada por Charles Darwin, llegó a prevalecer en la segunda mitad del siglo XIX, insertando al ser humano en el pensamiento mecanicista de la época; pues se lo consideraba únicamente como un eslabón de la especie de los primates, con una inteligencia un tanto más elevada y diferenciada del instinto animal, de modo que se crea una línea evolutiva del instinto animal hasta la inteligencia humana. Vale recordar por cierto que Franz Von Liszt creó su Programa de Marburgo ³⁴³ de 1882, sobre la base de esta teoría. ³⁴⁴

³⁴⁰ Ibíd. p. 170.

³⁴¹ Id.

³⁴² Id.

³⁴³ Obra de Franz Von Liszt, llamada "La idea del fin en el derecho penal o Programa de Marburgo", de la cual para mayor conocimiento se puede poner en consideración del lector la posición del autor Erik Wolff, quien en su interesante artículo denominado: "Sobre la Esencia del Autor", realiza un estudio sobre la creación y fundamentación del Programa de Marburgo, dentro del que entre otras cosas menciona que: "El propio Liszt, cuando formuló su frase programática, consideró necesaria la respuesta a tal pregunta. De ahí que la idea central de su conferencia de Marburgo consiste en formar tipos de autor. Para su concepción de éste resulta básica la tesis, que él planteó en 1882, según la cual en todo conocimiento sobre el ser del hombre y, por tanto, también en la explicación de la esencia del autor, tendrían la palabra decisiva las *ciencias naturales*. Desde esta posición desarrolló von Liszt en su *Tratado* el concepto de autor, según dos direcciones. Primero, es autor el causante natural de un resultado delictuoso en el sentido de un suceso fáctico. Esto se establece por medio de una cadena de juicios causales libres de toda valoración. Pero, en segundo lugar, dicho causante del delito es, con arreglo a su esencia, un individuo espiritual, anímica y corpóreamente particular, cuya singularidad resultó en parte de la presión de la disposición primitiva, en parte del influjo del medio social." Erik Wolf. Sobre la Esencia del autor. <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>. Acceso: 27 de octubre de 2011, las 22h09.

³⁴⁴ Cfr. WELZEL. Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Op. Cit. p. 166.

Estas concepciones sin embargo se revelan como insostenibles, pues no sólo filósofos, sino zoólogos y especialistas en psicología animal, han puesto sobre el tapete que el presupuesto de las obras libres del entendimiento humano lo constituye una gran involución de la conducta innata; pues en contraste con el animal, el hombre se caracteriza de una libertad respecto de estas formas de comportamiento innatas, lo que le otorga una capacidad de descubrir y establecer por propia cuenta la rectitud de sus actuaciones; a esta libertad existencial corresponde como característica la vinculación a los criterios de verdad, del sentido y del valor de acuerdo a los cuales dirigirá sus actuaciones, lo cual lo erige al hombre como un ser responsable.³⁴⁵

3.2.2.3.2 Aspecto caracterológico.

La desintegración de las formas innatas de conducta y la estructuración de un yo como centro responsable, ha originado en el ser humano una pluralidad de estratos. Uno profundo que comprende los impulsos vitales de la conservación de la especie, provenientes del círculo de los instintos, las pasiones, los deseos y las aspiraciones anímicas más elevadas, que envuelven al ser y lo impulsan a una acción. Sobre estos impulsos es que se eleva la “mismidad” como regulador de estos, dirigiéndolos conforme a sentido y valor, apoyándose sobre fundamentos lógico-objetivos. De todas maneras no debemos confundirnos, pues esta todavía no se trata de la dirección de un proceso causal exterior con la finalidad de la que hablamos, sino de la dirección de los impulsos anímicos.³⁴⁶

Nos encontramos como podemos notar con un concepto más restringido de voluntad, del que comprende a todos los impulsos dirigidos a la realización de un fin, inclusive los instintos, deseos y pasiones; pues estos pueden estar dirigidos de acuerdo a sentido y valor (conforme a derecho), es decir para una tarea más allá del momento presente.³⁴⁷

³⁴⁵ Cfr. *Ibíd.* p. 171

³⁴⁶ Cfr. *Ibíd.* p. 172.

³⁴⁷ Cfr. *Id.*

“El objeto de esta dirección final, no es el proceso causal exterior —en todo caso no inmediatamente--, sino los impulsos que compelen a su realización (dirección de los impulsos). El criterio orientador de esta dirección, no es la aptitud del medio para el logro del fin, sino el contenido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida, en el ámbito del derecho, es decir de las normas del ordenamiento jurídico.”³⁴⁸

Ello presupone que el derecho es un más que un poder fáctico, es un orden obligatorio, expresión de un orden social en medio de las condiciones cambiantes de la existencia histórica y de la necesidad de regulación a la sociedad.³⁴⁹

3.2.2.3.3 Aspecto categorial

Luego de haber explicado el tema del libre albedrío, bajo sus aspectos antropológico y caracterológico, el siguiente paso es responder a la siguiente interrogante “¿Cómo le es posible al hombre el poder de configuración de la coacción causal a través de una dirección orientada por el sentido, en virtud de la cual puede únicamente hacerse responsable de haber adoptado la decisión falsa en vez de la correcta?”³⁵⁰.

Acercándonos únicamente a una resolución mediante el reconocimiento de la superposición a las varias formas de determinación.³⁵¹

Remitiéndonos al acontecer externo de la acción hemos podido conocer la configuración del nexo causal por el de carácter final. Ahora es preciso inquirir la posibilidad de dirección conforme a sentido de los impulsos anímicos del hombre, en donde el hombre actúa no bajo causas ciegas sino que se determina a sí mismo según el contenido lógico-objetivo de las cosas que están frente a él, eligiendo los pasos que le conducen a cierta finalidad; con ello vale anotar que no se dice que la ejecución del pensamiento no sea completamente independiente de causas, pues el pensamiento también se fundamenta en una estructura causal,

³⁴⁸ Ibíd. p-172-173.

³⁴⁹ Cfr. Ibíd. p.173.

³⁵⁰ Ibíd. p. 174.

³⁵¹ Cfr. Id.

pero estas condiciones causales no resultan ser más que “meras infraestructuras”, es decir son los presupuestos para la existencia de actos del pensamiento, pero no de la forma de ejecución, la forma se determina por fundamentos inteligibles.³⁵²

Pero no sólo los pasos del pensamiento, sino en su caso los impulsos del pensamiento no van a estar únicamente determinados por causas exteriores. Donde ciertamente el interés en el conocimiento presupone como condición material un impulso en el estrato profundo, pero su relación con los demás impulsos inhibitorios no se determina en el proceso de conocimiento sino según su contenido de sentido como tarea objetiva, siendo el conocimiento posible si puede ser asumido responsablemente como la realización de una tarea planteada a la persona y comprendida conforme a sentido. Dicho de otra manera si el conocimiento es posible el sujeto no puede ser únicamente maniatado por sus impulsos, sino que tiene capacidad de conocimiento como tarea de pleno sentido, que tiene que ser sostenida contra impulsos contrarios, es decir asumir responsabilidad por el acto de conocimiento. Esta posibilidad que tiene el ser humano es la que da significación al libre albedrío, que es la capacidad para determinarse conforme a sentido (conforme a derecho), a superar la coacción causal.³⁵³

Precisamente en la falta de determinación conforme a sentido (conforme a derecho) radica la culpabilidad.³⁵⁴ “La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz de ello.”³⁵⁵

3.3 Compatibilidad entre la Teoría de la Acción Final y los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador

3.3.1 Introducción

Como pudimos ver de capítulos anteriores, el esquema finalista es aquel que ha propuesto un esquema del delito³⁵⁶, que se centra en la libertad de la

³⁵² Cfr. Ibíd. p. 175.

³⁵³ Cfr. Id.

³⁵⁴ Cfr. Ibíd. p. 176

³⁵⁵ Id.

persona, reconociendo en ella un libre albedrío, un poder actuar de otro modo; dentro del cual sus categorías dogmáticas, en especial la culpabilidad, la misma que viene cimentada y tiene total relación con el resto de elementos del delito, se ajusta a los principios constitucionales de la dignidad del ser humano, el respeto a su libertad y al derecho a la legalidad del delito y las penas. Ahora volviendo a la explicación de este capítulo, debo manifestar que en el mismo se analizarán las razones por las cuales se puede afirmar que este esquema se encuentra construido acorde a los principios constitucionales, desde su construcción metodológica, hasta su finalidad reductora.

3.3.2 El finalismo como método sintético real-normativo para la Construcción de la teoría del delito de un estado constitucional de derecho

A una teoría finalista sólo se consigue llegar, si a la respuesta que se obtenga de la pregunta: ¿Cuál es la función y cuáles son los fines del derecho penal?, sigue una nueva interrogante, sobre las condiciones de realización de esa función y de esos fines y sobre todo si esta pregunta viene seguida de toda una investigación que nos lleve al conocimiento de la posibilidad de esas condiciones, y si finalmente se quiere conducir al Derecho Penal conforme a esas condiciones de posibilidad de cumplir su función y fines. De esta manera, el autor español, Luis Gracia Martín, señala que procedió Hans Welzel, quien descubrió que el respeto a ciertas estructuras fenoménicas del derecho por el legislador y la consiguiente congruencia de la regulación jurídica de dichas estructuras lógico-objetivas, constituyen estas condiciones que permiten al derecho en general y al derecho

³⁵⁶ El cual explicándolo a breves rasgos, tiene su base en la acción final como estructura lógica-objetiva, razón por la cual al dolo y culpa se los ubica dentro del elemento tipicidad, diferenciando dentro de esta una tipicidad subjetiva y una objetiva, la subjetiva dentro de la cual, el dolo es considerado como el conocimiento y voluntad de cumplir con los elementos objetivos del tipo penal (que fueron descritos cuando se hizo una crítica a la tipicidad dentro del esquema causal); mientras que la culpa es la falta al deber objetivo de cuidado dentro del acto que produce un resultado. Por su parte el elemento antijuridicidad, además de que compone el concepto del injusto personal, en atención a la estructura lógica objetiva, llamada acción final, ya no se muestra únicamente como una categoría dogmática del delito plenamente subjetiva, pues para acogerse a una causa de justificación, el agente debe actuar con la finalidad de actuar bajo la misma. Finalmente la culpabilidad, último elemento del esquema, es aquel que plantea un reproche al agente, en base a libre albedrío, bajo la siguiente interrogante: ¿Podría haber actuado conforme a derecho?

penal en particular cumplir sus fines. Lo que requiere una explicación que daré a continuación.³⁵⁷

Los seres humanos nos desarrollamos en relación a dos mundos diferentes, uno físico natural y otro el socio-político, los mismos que funcionan en mayor o menor medida de un modo ordenado, “conforme a una regularidad de aconteceres”, es decir de acuerdo a una legalidad. En lo que tiene que ver con este mundo físico-natural sus leyes son de carácter necesario y el acontecer se impone inexpugnablemente por la causalidad; mientras que este mundo socio-político, las leyes no tienen el carácter de necesario, pues se fijan mediante convenciones entre los hombres, en donde no rige la causalidad, requiriendo otro mecanismo que reemplace esta imposición, que no consiste en otra cosa que en establecer para los destinatarios de estas leyes: deberes, obligaciones o actos de coacción de un poder superior.³⁵⁸

Ahora nos resta delimitar los campos en que una legalidad se impone como una mera coacción del poder o por el contrario se impone como derecho, señalando que sólo una legalidad que se establezca por su carácter obligatorio, es decir por medio del deber puede merecer el rango de derecho, partiendo por supuesto del concepto de la autonomía kantiana, bajo el cual obligación y persona son dos conceptos que no se pueden separar, pues todo mandato que pretenda obligar al ser humano como norma jurídica debe reconocerlo como persona^{359 360}.

La dignidad de la persona ciertamente tiene un valor y tiene como componentes a la capacidad de actuar de otro modo final; constituyendo la estructura final de la acción humana y la capacidad de autodeterminación estructuras lógico-objetivas de la condición de la persona, teniendo el derecho que

³⁵⁷ Cfr. GRACIA. Martín. “El finalismo como método sintético-real normativo para la construcción de la teoría del delito”. criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf. Fecha de acceso: 11 de septiembre de 2011, las 11h11. p. 3-4

³⁵⁸ *Ibíd.* p. 4

³⁵⁹ Es así que el Preámbulo de nuestra Constitución de la República establece que: Nosotras y nosotros, pueblo soberano del Ecuador; (...) Decidimos Construir: (...) Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones la dignidad de la persona y las colectividades.

³⁶⁰ Cfr. GRACIA. Martín. “El finalismo como método sintético-real normativo para la construcción de la teoría del delito”. *Op. Cit.* p. 4.

atenerse a ellas y respetarlas a fin de que imponga como derecho y no como mera fuerza^{361 362}.

Ahora en efecto, el Derecho penal pretende influir en los hombres para que se abstengan de realizar determinadas acciones y con ello evitar consecuencias lesivas, o en su caso producir efectos positivos dentro de la sociedad.³⁶³ Para lograr tal influencia parte de mandatos y prohibiciones y conmina con penas que aplica a quienes las realicen u omitan en perjuicio de los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo esta influencia sólo puede pretender ser aplicada bajo la condición de una orientación de las prohibiciones y mandatos a la capacidad del hombre de asignarse fines, de escoger los medios adecuados para efectuarlos de acuerdo al fin asignado.³⁶⁴

Pues como enfáticamente señaló Armin Kaufmann, “ningún mariscal, ningún guarda de aparcamiento, ningún tirano, ningún Estado de Derecho pueden ejercer poder de otro modo que utilizando la capacidad específicamente humana de dirigir finalmente el acontecer causal”³⁶⁵.

La dirección de las normas a la finalidad, esto es a la voluntad de realización, es, por ello, una condición de la posibilidad de que el Derecho penal pueda cumplir su tarea. Por ello, la estructura lógica-objetiva de la acción, representada por la finalidad, ha de ser reconocida como un dato óntico que predetermina ya de un modo lógico, no desde luego el contenido axiológico específico, pero sí la estructura y el posible objeto de toda prohibición y de todo mandato. Ahora bien, si ninguna norma reguladora de conductas humanas puede tener como objeto nada que no sean acciones finales, de aquí resulta que la voluntad de realización tiene que ser objeto, necesariamente ya de los juicios desvalorativos de la antinormatividad, de lo injusto y de la antijuridicidad. Esto significa a su vez, que la

³⁶¹ Así Immanuel Kant, expresa que el Derecho es: "el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una Ley universal de libertad". IRIARTE. Carlos "Definiciones e importancia del Derecho". <http://definicionesderecho.blogspot.com/>. Acceso: 7 de septiembre de 2011.

³⁶² Cfr. GRACIA. Martin. "El finalismo como método sintético-real normativo para la construcción de la teoría del delito". Op. Cit. p. 5.

³⁶³ La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 83, numerales , manifiesta: Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente; 4. Colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad; 5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento; 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

³⁶⁴ Cfr. GRACIA. Martin. "El finalismo como método sintético-real normativo para la construcción de la teoría del delito". Op. Cit. p. 7.

³⁶⁵ Id.

*estructura lógico-objetiva de la acción impone de modo necesario un concepto personal de lo injusto y con ello tanto que el dolo tenga que ser un elemento del tipo de lo injusto de los delitos dolosos como que la contrariedad de la voluntad de realización al deber objetivo de cuidado, tenga que ser asimismo una cuestión del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes.*³⁶⁶

Por ello es que en mi opinión, el esquema finalista del delito, en base a sus estructuras lógicas-objetivas y al concepto del injusto personal, es el más coherente con los mandatos constitucionales, pues parte de la capacidad de la persona de dirigirse, de elegir sus fines y los medios para su realización, reconociendo de tal manera su libertad y dignidad; además de que permite al derecho y en especial al derecho penal cumplir sus fines.

3.3.2 La finalidad como elemento reductor

La Constitución establece el nullum crimen sine conducta³⁶⁷ y el cogitationis poenam nemo patitur³⁶⁸, con lo que reclama la construcción de un concepto jurídico-penal de la acción que pueda oponerse a los tipos que lo violen y no a la inversa, o sea cuya idoneidad se derive de la capacidad para cumplir la función constitucional de limitar al legislador. Conforme a la función continente del derecho penal, el concepto de acción será más funcional cuanto más reductor resulte. Cuando en su construcción menos entes, se tomen de la realidad de la conducta, será más amplio y por ende menos reductor. En la dinámica teórica de la acción, el concepto más abarcativo de datos de realidad de la acción ha sido el finalista, precisamente criticado con la objetición de su supuesta estrechez para dar base a todas las formas típicas. Esto indicaría, al menos, que la inclusión de la finalidad en forma análoga al finalismo de la acción sería más útil para precisar y, por ende, limitar su concepto jurídico y garantizar más adecuadamente el nullum crimen sine conducta. Entre cualquier concepto más amplio de acción y el finalista, considerados ambos conceptos jurídicos (es decir

³⁶⁶ Ibíd. p.7-8.

³⁶⁷ "Nullum crimen, nulla poena sine actione o sine conducta". Se traduce en que el hecho ilícito necesariamente tiene que consistir en un acto u hecho humano que trascienda la subjetividad del autor para proyectarse en el mundo objetivo. En tal sentido la conducta se entiende como subjetividad que se extrovierte u objetiviza. Este principio tiende a evitar que se consideren como delitos:

a) Los pensamientos, las voliciones, los sentimientos. Se diferencia el ámbito de la moral del ámbito del derecho. b) Los pensamientos, las voliciones, los sentimientos, aún cuando sean verbalizados. Se evita castigar, básicamente, las ideas políticas. c) Los tipos de autor. Es decir, punir a las personas por lo que "son" y no por lo que "hacen". La violación de este principio de observancia de manera recurrente en los tipos contravencionales. PIÑEIRO. José Luis. "Las fuentes del Derecho Penal Entre la Modernidad y la Postmodernidad". <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/25/47>. Acceso: 11 de septiembre de 2011. Acceso: 12h30. P.

³⁶⁸ Nadie sufre pena por su pensamiento. Aforismos jurídicos. <http://info-derecho.com/recursos/aforismos-juridicos.html>. Acceso: 11 de septiembre de 2011, 12h45.

*abandonando cualquier pretensión ontologista), el segundo parece políticamente preferible.*³⁶⁹

*De cualquier manera, no habría razones para sustentar un concepto jurídico con contenido equivalente al que el finalismo pretendía derivar de lo óntico, si no fuese apto para que, por lo menos, pudiese ser captado por los tipos como acción y omisión, pues ello se impone en el mismo texto constitucional. Cabe recordar que los argumentos más usualmente esgrimidos contra el componente final en la acción giran en torno de su supuesta incapacidad para abarcar ciertos actos automatizados y servir de materia captable para los tipos amplios (particularmente los olvidos) y las omisiones. Al respecto debe señalarse que el componente final forma parte de cualquier acción humana y que las acciones que tipifican las estructuras dolosas o culposas, activas u omisivas, son siempre finales, incluso por razones sistemáticas, o sea, porque sin el dato de la finalidad concreta no puede llevarse a cabo la comprobación de ninguna tipicidad.*³⁷⁰

Sobre este particular podemos tomar lo dicho por el Eugenio Raúl Zaffaroni, en relación con la Constitución Argentina, la misma que recoge la siguiente disposición:

*Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*³⁷¹

Señalando que nuestra Carta Política recoge las siguientes normas que también fundamentan estos conceptos antes enunciados por el autor argentino, como son:

*Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional, **laico**. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada*³⁷². (el resaltado es mío)

*Art. 3 numeral 4.- Son deberes primordiales del Estado: Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.*³⁷³

³⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 415-416.

³⁷⁰ *Ibíd.* p. 416.

³⁷¹ Constitución Nacional de la República Federal Argentina. <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>. Acceso: 11 de septiembre de 2011, las 16h30.

³⁷² Constitución de la República del Ecuador.

³⁷³ *Id.*

*Art. 66 numeral 29 literal d).- Se reconoce y se garantizará a las personas: Los Derechos de libertad también incluyen: Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley.*³⁷⁴

Teniendo como principal consecuencia de estos que: “a) que el estado no puede establecer una moral; b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.”³⁷⁵

3.3.3 Un elemento “Culpabilidad”, acorde al Nulla poena sine culpa y otros principios constitucionales

La categoría dogmática del delito culpabilidad que se ajuste a los lineamientos del principio de culpabilidad es aquella que:

- Parte de la función motivadora del ordenamiento jurídico, es decir, es una culpabilidad normativa.
- Es un juicio de reproche por haber actuado en contradicción con los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico; dentro del cual se debe verificar primero: la capacidad de comprensión de las normas de derecho y segundo: la capacidad de cumplirlas por parte de la persona. Es decir trata sobre la posibilidad del agente de haber actuado de otro modo, cuando valoró que la conducta era prohibida.
- No es una mera categoría psicológica, dentro de la que se verifica el nexo del acto con el dolo y culpa, pues su función es la de realizar tal como se explicó, un juicio de reproche al agente.
- No da cabida a los conceptos de peligrosidad
- Fundamenta la aplicación y medida de la pena a aplicarse, en base a la libertad de la persona. Es decir debe verificar la capacidad del

³⁷⁴ Id.

³⁷⁵ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 127..

manejo del curso causal y la posibilidad de haber actuado conforme a derecho.

3. CONCLUSIONES

1.- La Parte General del Código Sustantivo Penal Ecuatoriano ha sido construida en base a un esquema clásico del delito, pues “la acción”, contiene los siguientes elementos: a) manifestación de voluntad; b) un resultado o manifestación en el mundo exterior y c) relación de causalidad; presentándose de una manera objetiva. Es decir la acción es desvalorada, ya que la voluntad representa simplemente una voluntariedad, no interesando si el agente quiso o no la acción; bastando que haya efectuado un movimiento con el dominio de su cuerpo para que exista. Así lo podemos inferir de lo anotado por los Arts. 11 y 13 del cuerpo legal antes mencionado, a la luz de la doctrina penal clásica. En cuanto a la tipicidad, podemos señalar que la parte general de nuestro Código Sustantivo Penal recoge las postulaciones del esquema clásico; pues al igual que la acción, la tipicidad, es presentada como un elemento objetivo del tipo penal, consistiendo únicamente en la descripción externa de la conducta. De igual forma, sobre la antijuridicidad podemos afirmar que tal como la acción y la tipicidad, ésta se describe como un elemento del delito puramente objetivo, dentro del cual no interesa si el agente tuvo la intención de actuar de conformidad con una causa de justificación, siendo suficiente que su conducta se ajuste a la norma que la describe. Postulación que se ajusta al sistema dual que plantea el esquema clásico del delito, en el cual el único elemento subjetivo del tipo penal es la culpabilidad, la misma que de acuerdo al Art. 32 de nuestro Código Penal se identifica únicamente con la voluntad y conciencia del acto, es decir como un nexo psicológico entre el autor y el acto antijurídico, que se manifiesta a manera de dolo o de culpa.

2.- El esquema clásico del delito que presenta nuestro Código Sustantivo Penal, el cual ha sido construido en base de una concepción positivista, tratando de imitar para el derecho penal el modelo de las ciencias naturales, ha derivado en la separación del esquema en una parte objetiva y otra subjetiva, lo cual ha conducido a postulaciones insostenibles en lo que se refiere a la teoría general del

delito. Pues, la teoría causal de la acción desconoce la función de la voluntad respecto a la acción, cuando ésta tiene suma importancia, tal como se evidencia del mismo concepto de tentativa que incluyen los mismos textos clásicos, cuyas condiciones son las de: idoneidad, univocidad e inequívocidad. Lo que nos conduce a pensar que para su configuración requiere que el acto sea doloso. Lo que a su vez demuestra que bajo una perspectiva lógica, las intenciones y finalidades del agente se enmarcan dentro de la acción y no dentro de la culpabilidad. Además el esquema clásico del delito plantea una tipicidad totalmente objetiva y desvalorada, cuando en los tipos penales es innegable la existencia de elementos que permiten una valoración por parte del juzgador, tal como los elementos descriptivos y valorativos, dentro de la tipicidad objetiva; y las tendencias y motivaciones del agente, dentro de la tipicidad subjetiva.

3.- El esquema clásico del delito, además de contener postulaciones insostenibles en relación a la teoría del delito, irrespeta principios y derechos reconocidos en la Constitución de la República, como lo son: a) la dignidad humana, b) el derecho a la libertad y c) el principio de culpabilidad. Pues al tener su base en un concepto de acción causal que desconoce la posibilidad de la persona de dirigir su voluntad acorde a un fin, afecta directamente a la dignidad que posee todo humano, dejando de lado su connatural libertad. El esquema finalista del delito, por su parte, respeta la dignidad y el libre desarrollo de las personas, al tener como fundamento a una estructura lógica-objetiva como la acción final, la que presenta al autor como alguien capaz de elegir el fin sobre la base del saber causal y con el de poder realizar sus actos acorde a este fin, lo que posibilita su peculiaridad y plenitud.

4.- Por otra parte, el esquema finalista del delito, a más de ser respetuoso de la dignidad y libertad que caracteriza a todo ser humano; reconoce e incluye dentro de su construcción al principio constitucional de “no hay pena sin culpabilidad”; el cual influye en la categoría dogmática del delito culpabilidad, otorgándole las siguientes características: a) parte de la función motivadora del ordenamiento jurídico. En otras palabras, es una culpabilidad normativa que consiste un juicio de reproche por haber actuado en contradicción con los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico; dentro del cual se debe

verificar primero: la capacidad de comprensión de las normas de derecho y segundo, la capacidad de cumplirlas por parte de la persona. Es decir trata sobre la posibilidad del agente de haber actuado de otro modo, cuando valoró que la conducta era prohibida; b) no es una mera categoría psicológica, dentro de la que se verifica el nexo del acto con el dolo y culpa, pues su función es la de realizar tal como se explicó, un juicio de reproche al agente; c) no da cabida a los conceptos de peligrosidad; d) fundamenta la aplicación y medida de la pena a aplicarse, en base a la libertad de la persona, por lo que debe verificar la capacidad del manejo del curso causal y la posibilidad de haber actuado conforme a derecho. Además es preciso mencionar que ajustándose a lo dispuesto por la Constitución de la República, el esquema finalista del delito sirve como elemento reductor del poder punitivo del estado.

5.- Partiendo de una interpretación meramente legalista, podemos manifestar que el Art. 24 del Código Penal, más allá de presentar dentro del mismo una ponderación de intereses entre el derecho a la propiedad como afectado, en contra de un interés superior que prevalece, no contiene sino una causa de exclusión de la culpabilidad, pudiendo afirmarlo de conformidad con su redacción, la misma que expresa que su efecto de aplicación es la no punición de la conducta, conociendo que la culpabilidad es aquella categoría dogmática del delito que sirve como fundamento y medida de la pena a aplicarse al agente. Sin embargo esta interpretación es incompleta pues partiendo de los principios generales del derecho y principalmente de la Constitución de la República, en base al principio de culpabilidad que esta reconoce, podemos encontrar en la redacción del Art. 24 del Código Penal, al estado de necesidad exculpante; siempre y cuando se considere que el agente al efectuar una acción antijurídica, no habría podido actuar conforme a derecho, es decir no podría habersele exigido una conducta diferente.

6.- Existen diferencias sustanciales entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante pues: a) el estado de necesidad justificante tiene como fundamento a la ponderación de intereses, mientras que el estado de necesidad exculpante se sustenta en la inexigibilidad de otra conducta; b) el estado de necesidad justificante presenta un conflicto entre intereses de

diferente magnitud, mientras que el conflicto de intereses que se da en el caso de un estado de necesidad exculpante, es entre bienes de igual magnitud; c) el efecto de la aplicación del estado de necesidad justificante es la justificación del acto típico por lo que: a) no debe resarcirse el daño y b) no es posible aplicar medidas de seguridad sobre el agente, mientras que en el caso de un estado de necesidad exculpante, no se excluye la ilicitud del acto y por lo tanto en la vía civil es posible exigir la reparación del daño producido, además de que es legítimo aplicar sobre el agente una medida de seguridad.

4.- RECOMENDACIONES

1.- Con el fin de facilitar la aplicación de la ley penal ecuatoriana, en relación a la institución del estado de necesidad, creo conveniente que nuestro Código Penal suprima a su Art. 24 y en su lugar establezca dos artículos, uno que trate exclusivamente del estado de necesidad justificante y otro que detalle al estado de necesidad exculpante, tal como se encuentra dispuesto en el Código Penal Alemán, en sus arts. 34 y 35, los mismos que transcribo a continuación:

§ 34. Estado de necesidad justificante.- Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.³⁷⁶

§ 35. Estado de necesidad disculpante.- (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica. (2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será

³⁷⁶ LÓPEZ Díaz. Claudia- Traductora . Código Penal Alemán traducido (del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998). Universidad del Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 1999. pp. 11-12.

castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.

Normas a partir de las cuales podemos apreciar, que distinguen claramente los requisitos y límites de las dos eximentes, estableciendo sus requisitos, límites y efectos; simplificando de tal manera la labor de interpretación que deberán hacer los operadores de justicia, en caso de existencia de estado de necesidad, sea justificante o exculpante.

5. BIBLIOGRAFÍA

Libros

ABBAGNANO. Nicola. Diccionario de Filosofía – Primera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. Bogotá-Colombia.

AGUDELO, Nódier. Curso de Derecho Penal Esquemas del Delito. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 2007.

ALBAN. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Tercera Edición. Impresiones Legales S.A. Quito- Ecuador.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. ARA Editores. Lima- Perú. 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal Parte General Volúmen III. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito- Ecuador. 2008

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo IV Teoría General del Delito- III. Rubinzal Culzoni-Editores. Santa Fe- Argentina. 2009.

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo III Teoría General del Delito- II. Rubinzal Culzoni-Editores. Santa Fe- Argentina. 2009.

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal Parte General Tomo II Teoría General del Delito. Rubinzal Culzoni-Editores. Santa Fe- Argentina. 2009.

GOLDSTEIN. Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. 3ª Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1998.

JÍMENEZ DE ASÚA. Luis. Lecciones de Derecho Penal. Oxford University Press. México D.F. – México. 2003.

MEDINA. Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. Segunda Edición. Angel Editor. México D.F.- México.

MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal Volumen I El Derecho Penal- El Delito. Segunda reimpresión de la segunda edición. Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá- Colombia.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis Segunda Edición. Bogotá- Colombia. 2005

NOVOA Monreal. Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno Segunda Edición Tomo I. Editorial Jurídica Ediar- Conosur Ltda. Santiago de Chile- Chile- 1985.

MEZGER. Edmund. Derecho Penal Parte General Libro de Estudio. Traducción de la sexta edición alemana. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. Madrid-España. 1963.

PÉREZ BORJA, Francisco. Apuntes para el Estudio del Código Penal Libro I. Imprenta de la Universidad Central. Quito- Ecuador. 1916

Rosental & Iudin. Diccionario Soviético de Filosofía. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo- Uruguay. 1965.

SÁNCHEZ González. Santiago. Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales- Tirant lo Blanch. Valencia- España. 2006.

TORRES Cháves. Efraín. Breves Comentarios al Código Penal Ecuatoriano Novena Edición. Universidad Técnica Particular de Loja Ciencias Jurídicas. Cuenca- Ecuador. 1998

VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal- Parte General. Tercera Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Medellín- Colombia. 2007.

VILA Casado. Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Legis Editores S. A. Bogotá-Colombia. 2007. p. 466.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Valleta Ediciones. 2007. Buenos Aires- Argentina. 2007

WELZEL. Hans. Derecho Penal Alemán Parte General- Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11ª Edición 4ta Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile- Chile.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires- Argentina. 2001

ZAMBRANO Pasquel. Alfonso. Manual de Derecho Penal Segunda Edición. Editorial Edino. Quito- Ecuador. 1998

ZAVALA BAQUERIZO. Jorge. Delitos contra la Propiedad Tomo I. Editorial Edino. Guayaquil- Ecuador. 1988

Internet

Abogadosenlínea.ec. Definición de Negligencia.
<http://www.abogadosenlínea.ec/index.php>. Acceso: 4 de junio de 2011, las 12h00.

Abogados Penalistas en Madrid. Código Penal Español.
<http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>. Acceso: 17 de agosto de 2011, las 18h26.

Constitución Nacional de la República Federal Argentina.
<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>. Acceso: 11 de septiembre de 2011, las 16h30.

Erik Wolf. Sobre la Esencia del autor. <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>. Acceso: 27 de octubre de 2011, las 22h09.

GRACIA. Martin. "El finalismo como método sintético-real normativo para la construcción de la teoría del delito". criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf. Fecha de acceso: 11 de septiembre de 2011, las 11h11.

IRIARTE. Carlos "Definiciones e importancia del Derecho".
<http://definicionesderecho.blogspot.com/>. Acceso: 7 de septiembre de 2011, 15h00.

Lisa Diccionario. Traducción de Reichgericht. <http://lisa-diccionario.es/traducci%C3%B3n/alem%C3%A1n-espa%C3%B1ol/Reichsgericht.html>. Acceso: 13 de septiembre de 2011, las 11h00.

MARTÍNEZ Escamilla, Margarita. La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos. IV. Problemas de teoría jurídica del delito: estado de necesidad y coautoría.<http://vlex.com/vid/pobreza-necesidad-prevencion-correos-cocaina-323918#ixzz0z4rb1xWN>. Acceso: 11 de septiembre de 2010, 14h00.

Nadie sufre pena por su pensamiento. Aforismos jurídicos. <http://info-derecho.com/recursos/aforismos-juridicos.html>. Acceso: 11 de septiembre de 2011, 12h45.

PIÑEIRO. José Luis. "Las fuentes del Derecho Penal Entre la Modernidad y la Postmodernidad".
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/25/47>. Acceso: 11 de septiembre de 2011. Acceso: 12h30.

SALAS, Luis, Nueva Constitución del Ecuador 2008 - Conócela a Fondo!,
http://www.mantavirtual.com/noticias_nueva-constitucion-del-ecuador-2008-conocela-a-fondo_4.php. Acceso: 19 de septiembre, 15h00.

SÁNCHEZ Ostiz, Pablo. Arturo Rocco.
www.unav.es/derecho/biblioteca.../pso_ju_arturo_rocco.pdf, p. 2. Acceso: 19 de septiembre de 2010, 21h00.

Sentencia No. T-594/93- Corte Constitucional Colombiana. Derecho a libre desarrollo de la personalidad. <http://www.trans-ser.com/files/senten.pdf>. Acceso: 27 de agosto de 2011.

ZAMORA, Arturo. "Bien Jurídico y consentimiento en el derecho penal". <http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos6/bien%20juridico.pdf>. Acceso: 27 de septiembre de 2011, las 22h36.

9.2 Fuentes Normativas

Constitución de la República del Ecuador.
Código Orgánico de la Función Judicial
Código Penal Ecuatoriano.
Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano
Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 150/29.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Milton David Salazar Páramo, C.C. 171358232-6 autor del trabajo de graduación, intitulado: FUNDAMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE, SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO Y SUS DIFERENCIAS CON EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE, previa a la obtención del grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación, para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 16 de febrero de 2012- 02- 16


Milton David Salazar Páramo C.C. 171358232-6

FIRMA Y CÉDULA

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

Nº 171358232-6

CÉDULA DE CIUDADANÍA

APELLIDOS Y NOMBRES
SALAZAR PARAMO
MILTON DAVID

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1988-09-13

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO M

ESTADO CIVIL SOLTERO

INSTRUCCIÓN SUPERIOR

PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE

V3343V2232

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
SALAZAR MILTON AGUSTIN

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
PARAMO MARIA EUGENIA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2012-03-14

FECHA DE EXPIRACIÓN
2022-03-14

DIRECTOR GENERAL

PRIMA DEL CEDULADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
CERTIFICADO DE VOTACIÓN

REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 07/05/2011

045-0173
NÚMERO

1713582326
CÉDULA

SALAZAR PARAMO MILTON DAVID

PICHINCHA QUITO
PROVINCIA CANTÓN
CHAUPICRUZ PARROQUIA ZONA

F. PRESIDENTA (S) DE LA JUNTA

CIUDADANO (A):

Este documento acredita
que usted sufragó en el
Referéndum y Consulta Popular
7 de Mayo de 2011

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS
LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS